Der Erwerb der Briefhypothek nach § 1155 BGB.

ACAD.
LUGD BAT.
BIBL.

Inauguraldissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
an der Georg-August-Universität zu Göttingen

eingereicht von

Heinz Sander
Referendar in Hamburg.

1913.
Kgl. Hofbuchdruckerei Ungeheuer & Ulmer,
Ludwigsburg.

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil: Einleitung. Seite

§ 1. Das Wesen der Briefhypothek, insbesondere ihr rechtsgeschäftlicher Erwerb außerhalb des Grundbuches 1

I. Die Briefhypothek im allgemeinen 1

II. Ihre Abtretung nach § 1154 3

§ 2. In Anbetracht der Natur der Briefhypothek stellt § 1155 ein notwendiges Erfordernis dar. 8

I. Der Briefhypothekar ist an sich gegen Mängel im „subjektiven Gläubigerrechte" seiner Vormänner nicht geschützt 8

II. Daher sein Schutz in § 1155 geregelt. . . . 9

II. Teil: Die Voraussetzungen des § 1155.

§ 3. Der Besitz des Briefes 10

I. Art des Besitzes 10

II. Der Nachweis der Übergabe an den Gläubiger und an seine einzelnen Vormänner 11

III. Der Briefbesitz schon für den Übergang des Gläubigerrechtes erforderlich außer bei der cessio legis 13

§ 4. Die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärungen bezw. der anderen Urkunden 14

I. Zweck der öffentlichen Beglaubigung . . . 14

II. Rechtslage bei nachträglicher Beglaubigung . 16

III. Ersatz der öffentlichen Beglaubigung . . . 19

§ 5. Die Urkunden des § 1155 19

I. Die Abtretungserklärung 19

II. Der Überweisungsbeschluß 20

III. Das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung 22

1. Warum das Anerkenntnis im § 1155 aufgenommen? 22

2. Auch die Übertragung der bloßen Hypothek fällt unter § 1155 23

3. Ebenso die Fälle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 28

4. Nicht die Fälle, in denen der Übergang sich erst mit der Grundbucheintragung vollzieht; wie beim Verzicht? 30

Seite

5. Das Wesen des Anerkenntnisses 32
a) Schweitzers Auslegung 32
b) Brachvogels Auslegung 38
c) Predaris Auslegung 44
d) Begründung der herrschenden (a—c entgegengesetzten) Lehre 44
6. Wer hat das Anerkenntnis auszustellen? . 52

§ 6. Die zusammenhängende auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe jener Urkunden, insbesondere die Unterbrechung der Reihe 53
I. Der Begriff der zusammenhängenden Reihe . 53
II. Die Reihe ist unterbrochen 55
1. Allgemein 55
2. Durch Erbgang 58

III. Teil: Die Wirkungen des § 1115.

§ 7. Die materiell-rechtlichen Wirkungen 64
I. Der § 1115 selbst 64
1. Die Bedeutung der Fiktion des § 1155 . . 65
2. Die Anwendung der §§ 891—899 auf Grund dieser Fiktion 66
a) Inwieweit erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf Brief und Übertragungsurkunden? 66
b) Welcher Zeitpunkt ist für den guten Glauben des Erwerbers maßgebend? . 68
c) Die §§ 891—899 im einzelnen . . . 69
II. Der § 1160. 73
1. In welcher Form, wo und wann hat die Vorlegung der Urkunden des § 1155 im Falle des § 1160 zu erfolgen? 73
2. Die Natur des Rechtes aus § 1160 . . 75

§ 8. Die formell-rechtlichen Wirkungen 76
I. Die Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 GBO. . 76
II. Seine Wirkungen 77

Literatur.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung. 1901.

Bernhöft u. Binder, Beiträge zur Auslegung des BGB. Heft 6. 1905.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1903.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. 1898.

Bollenbeck, Abtretung der Eigentümerhypothek, in Z.D.Not.-Ver. 1901. S. 38 ff.

Brachvogel, Nachweis des Gläubigerrechts einer Hypothek bei mehrfacher, einen Erbfall in sich schließender Übertragung, in Gruch. Beitr. Bd. 49, S. 305 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. Das Sachenrecht. 1911.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. III. Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 1906.

Denkschrift zur Grundbuchordnung.

Dronke, Die Anwendbarkeit des § 1155 BGB. und des § 40 Abs. 2 GBO. beim Übergange des bloßen dinglichen Hypothekenrechts, in Z.Bl. F.G. Bd. I, S. 955 ff.

Ebert-Dudeck-Lindemann, Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. Aufl. 8/9. 1905.

Fischer, Der Hypothekenbrief im neuen Rechte. Arch. Bürg. R. Bd. 14, S. 233 ff.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. München 1908. 8. Aufl.

Franz, Das deutsche Notariat. 1907.

Fuchs (u. Arnheim), Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches und zur Grundbuchordnung. Berlin 1902/08.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Bd. I u. II. Abt. 1—3. 1907.

Güthe, Die Grundbuchordnung. Berlin 1905.

Habicht, Die Vorlegung der Legitimationsurkunden bei einseitigen Rechtsgeschäften, in JW. 1901. S. 770 ff.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschulrecht. 1895.

Hachenburg, Vorträge zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 1900. 2. Aufl.

Kober, Kommentar zum Sachenrecht. 7./8. Aufl. 1912.

Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. 1902/03.

Maenner, Das Sachenrecht. 2. Aufl. 1906.

Meyer, Zu §§ 894, 1155 BGB., in Bl.R.A. 70, 162 ff.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. III. 1899.

Müller-Meickel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. Bd. I, 1904.

Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts. (Die Zeit bis 1913 umfassend).

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. 1909.

Oberneck, Zur Auslegung des § 40 Abs. 2 GBO. und des § 1155 BGB., in Z.D.Not.-Ver. 1903. S. 154 ff.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. III. Bd. Sachenrecht. 3 Aufl. Berlin 1906.

Predari, Die Grundbuchordnung. Berlin, 1913. 2. Aufl.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB., in Gruch. Beitr. Bd. 44, insbesond. S. 370 ff.

Sawitz, Der Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. (Anhang: Der Inhalt des Hypothekenbriefes nach § 1155 BGB.) 1908.

Schönfeld, Das Verhältnis von § 40 zu § 41 der GBO. Bl. R.A. 70, 533 ff.

Schweitzer, Begründung und Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 BGB. und § 40 Abs. 2 GBO. in Gruch. Beitr. Bd. 45, S. 558 ff.

v. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 1910/11.

Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. (Gaupp).

Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1910.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. 2. Aufl. 1902/03.

Willenbücher, Liegenschaftsrecht und Grundbuchordnung. 1904.

Wolff, M., Das Sachenrecht (II. Bd. des Lehrbuchs des bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp und Wolff). 2. Bearbeitung. Marburg 1913.

Wolff, Th., Wird der Zusammenhang der Reihe der Abtretungserklärungen im Sinne des § 1155 BGB. und des § 40 Abs. 2 GBO. durch einen Erbfall unterbrochen? im Recht 03, 7 ff.

I. Teil.

Einleitung.

§ 1. Das Wesen der Briefhypothek, insbesondere ihr rechtsgeschäftlicher Erwerb außerhalb des Grundbuchs (§§ 1153, 1154 Abs. 1 BGB.).

I. Hypothek ist diejenige Art der Grundstücksbelastung, die ihrer Bestimmung nach der Sicherung von Forderungen dient (§ 1113 BGB.). Das Bürgerliche Gesetzbuch nennt allerdings Hypothek schlechthin nur die sog. Verkehrshypothek, bei der nämlich im Gegensatze zu der Sicherungshypothek Forderung und Belastung derart eng zusammengehören, daß auch die Angaben des Grundbuchs über den persönlichen Anspruch, soweit dieser nicht für sich allein, sondern als Stütze der Hypothek[1]) in Frage kommt, den Schutz des öffentlichen Glaubens genießen, der an sich nur den dinglichen Rechten zuteil wird. Die Verkehrshypothek zerfällt wiederum, je nachdem, ob über das Hypothekenrecht ein Brief gebildet wird oder nicht, in Brief- und Buchhypothek. Im Gegensatze zum ersten Entwurfe[2]) behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch die Briefhypothek als den Regelfall (vgl. § 1116), da ihre Vorzüge sie trotz zweifellos vorhandener Nachteile[3]) doch gegenüber der Buchhypothek als verkehrsfähiger erscheinen lassen.

Dies hängt mit der Einrichtung des Hypothekenbriefes zusammen und ergibt sich klar aus den Vorschriften, denen das Gesetz diesen unterstellt hat. Was zunächst die Begründung der Briefhypothek anlangt, so erwirbt der Gläu-

[1]) Cosack, § 223 I.
[2]) Mot. III. Bd. S. 618.
[3]) Mot. III. Bd. S. 615.

biger eine solche erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstückes übergeben wird (§ 1117). Der Besteller ist also in der Lage, dem Geldgeber die Hypothek erst Zug um Zug gegen Auszahlung der Hypothekensumme zu verschaffen, und damit der Gefahr enthoben, daß der andere vor Zahlung des Gegenwertes durch Abtretung der Hypothek an einen gutgläubigen Dritten diesen zum rechtmäßigen Hypothekengläubiger macht[1]). Ein weiterer Vorteil der Briefhypothek liegt darin, daß der Eigentümer gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefs verlangen und sich so gegen alle weiteren Verfügungen über die Hypothek sichern kann (§ 1144).

Von besonderer Bedeutung aber wird der Brief bei der Abtretung der Hypothek[2]). § 1154 Abs. 1 Satz 1 sagt:

„Zur Abtretung der Forderung ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefes erforderlich; die Vorschriften des § 1117 finden Anwendung."

Vorauszuschicken ist, daß nach § 1153 mit der Übertragung der Forderung auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergeht (vgl. § 401) und daß stets nur Forderung und Hypothek zuammen übertragen werden können. Die Abtretung der Briefhypothek kann also erfolgen, ohne daß eine entsprechende Eintragung im Grundbuche gemacht wird. Diese Ausnahme von der Regel des § 873, wonach zur Übertragung von Rechten an einem Grundstück Einigung der Beteiligten und Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich ist, rechtfertigt sich aus dem Bestreben, die Briefhypothek möglichst verkehrsfähig zu gestalten; zur Vermittlung einer solchen außerhalb des Grundbuchs erfolgenden Abtretung dient der Hypothekenbrief. § 1154 betrifft aber nur das dingliche Vollzugsgeschäft. Ebenso wie eine obligatorische Verpflichtung auf Abschluß eines Vertrages des § 873 formlos erfolgen kann (Ausnahme § 313),

[1]) Fischer, Arch. Bürg. R. 14, 233 ff.
[2]) Vgl. z. B. Hachenburg, Vortr. S. 583.

so auch hier das pactum de cedendo [1]). Daß § 1154 nur den dinglichen Vertrag regelt, geht aus dem Sinne dieser Vorschrift und, wenn man will, auch besonders daraus hervor, daß von der Übergabe des Briefes die Rede ist [2]). — Wenn Fischer den § 1154 ferner dahin verstehen will, daß der dinglich wirkende Abtretungsvertrag (§ 398) schon durch formlosen Abschluß zustande kommt, daß also die schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe nur die gesetzlichen Bedingungen seiner äußeren Wirksamkeit sind [3]), auf deren Erfüllung das formlose Abtretungsgeschäft (anders als im § 873 Abs. 2) einen klagbaren Anspruch verleiht, so kann ich ihm hierin nicht beitreten, da das Gesetz zu dieser Annahme keinen Anhalt bietet. Abtretungsvertrag und Briefübergabe sind für den rechtsgeschäftlichen Übergang der Hypothekenforderung in demselben Sinne gleichwertige Erfordernisse, wie Einigung und Eintragung für den dinglichen Rechtserwerb nach § 873. Die Schriftlichkeit der Abtretungserklärung ist die gesetzliche Form des Zessionsvertrages, ohne deren Beobachtung dieser nichtig ist (§ 125); neben ihn tritt zur Vollendung der Abtretung die Briefübergabe als selbständiges Erfordernis des Rechtserwerbes. Fehlt das eine oder das andere Moment, so ermangelt der Vertrag jeder Wirkung. Ob der Vollzug der Abtretung gemäß § 1154 im Klageweg erzwungen werden kann, beurteilt sich lediglich nach dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft [4]).

II. Die Abtretungserklärung bedarf nur der schriftlichen Form [5]). Bloße Mündlichkeit schien dem Gesetzgeber nicht

[1]) RG. 48, 133; 50, 77; 54, 148; Oberneck Bd. I S. 322; Turnau-Förster, Bem. 5 zu § 1154; Endemann § 118 Anm. 25; Hachenburg, Beitr. S. 105.

[2]) So RG. 54, 148 f.

[3]) Nicht die gesetzliche Form. Vgl. Fischer S. 262 Nr. 36.

[4]) Predari S. 150, besonders N. 13, Planck, Bem. 4 zu § 1154.

[5]) Nicht aber die Annahme; jedoch muß eine solche, da die Abtretung nach § 398 ein auf Übertragung einer Forderung gerichteter Vertrag ist, rechtzeitig erfolgen, andernfalls der Aussteller der Abtretungserklärung an diese nicht gebunden ist. Vgl. Fischer S. 262 Nr. 35; Planck, Bem. 3 b zu § 1154.

genügend, da sie mit den Grundsätzen, die für die Übertragung eingetragener Rechte gelten, nicht im Einklange stehen und ferner zu einer großen Rechtsunsicherheit führen würde, besonders beim Vorhandensein mehrerer, zugunsten verschiedener Personen abgegebener Erklärungen[1]). Der unserer Vorschrift entsprechende § 1112 Abs. 1 Satz 2 des I. Entwurfes verlangte sogar öffentliche Beglaubigung für die Gültigkeit der Abtretung; doch glaubte man sich mit der schriftlichen Form begnügen zu dürfen, besonders, um in den Ländern, in denen die Briefhypothek und deren Abtretung durch einfache schriftliche Abtretungserklärung seit alters üblich sei, den Hypothekenverkehr nicht zu erschweren und zu verteuern[2]). Von der Aufzählung der übrigen Gründe und von deren Widerlegung ist hier Abstand zu nehmen, ebenso von der Frage, ob es nicht zweckmäßiger gewesen wäre, die Gültigkeit der Abtretung, wie Entwurf I es wollte, von der öffentlichen Beglaubigung der Erklärung abhängig zu machen[3]), da doch nur eine solche, wie wir später sehen werden, die volle Gläubigerstellung verschafft. Das Gesetz, das dem neuen Gläubiger die Vorteile der öffentlichen Beglaubigung nicht aufdrängt, hat nur bestimmt, daß dieser von dem bisherigen Gläubiger auf dessen Kosten die Beglaubigung der Abtretungserklärung jederzeit verlangen kann (§ 1154 Abs. 1 Satz 2).

Was die übrige Form der Abtretungserklärung anlangt, so wird eine Blankozession der Hypothek vom Reichsgericht und von der herrschenden Meinung für unzulässig gehalten[4]). Bei den Beratungen der zweiten Kommission wurden wiederholte Anträge auf Zulassung der Blankoabtretung der Briefhypothek und Briefgrundschuld abgelehnt[5]). Dernburg meint zwar[6]), damit sei bloß die Frage erledigt worden, ob

[1]) Mot. III. Bd. S. 749.
[2]) Prot. II Bd. III S. 650 ff.
[3]) Vgl. hierzu Hachenburg, Beitr., besond. S. 113.
[4]) Vgl. unten S. 5 N. 2.
[5]) Prot. II Bd. III S. 651 ff.; 713—719.
[6]) 4. Aufl. Bd III S. 772 Nr. 5.

Sondervorschriften über die Blankozession zu treffen gewesen seien oder nicht. Die Zulässigkeit der Blankoabtretung sei jedoch aus dem Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches heraus zu bejahen. Er beruft sich auf eine Entscheidung des Reichsgerichts[1]), wo bezüglich einer Bürgschaftserklärung der § 126:

„Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden",

dahin ausgelegt wird, daß es für die Frage der Formrichtigkeit der Urkunde ohne Belang sei, ob die Unterschrift zeitlich der Schrift des Textes nachfolge oder vorausgehe; denn der Grundsatz der Zivilprozeßordnung (§§ 416, 439, 440), wonach die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich habe, gelte auch für das Bürgerliche Gesetzbuch. Daher müsse der Aussteller der Urkunde gegenüber beweisen, daß die Unterschrift nicht zum Zwecke der Verpflichtung abgegeben oder der Text ohne oder gegen seinen Willen oder mit unrichtigem Inhalte darüber gesetzt worden sei. Dieser Entscheidung will Dernburg den Vorzug geben vor einer späteren, in der die Blankozession der Hypothek verworfen wird[2]). Dort heißt es nämlich, daß zwar an sich das Erfordernis der Schriftform dadurch erfüllt werden könne, daß der Raum über einer bloßen Namensunterschrift der von den Parteien getroffenen Vereinbarung entsprechend ausgefüllt werde. Erst mit dieser Ausfüllung liege aber eine fertige Urkunde vor, eine Zurückbeziehung auf den Zeitpunkt der Namensschrift, die an sich schon bedenklich sei, sei unmöglich, wenn die Schriftform — allein oder in Verbindung mit einer anderen Tatsache — unmittelbar einen dinglichen Rechtsübergang zur Folge habe. Zu den Ausnahmen von diesem Grundsatze (z. B. Inhaberpapieren) gehöre die Hypothek nicht, vielmehr gebe das Gesetz dadurch,

[1]) RG. Bd. 57 S. 66.

[2]) RG. 63, 230; ebenso die herrschende Meinung; Planck, Bem. 3 b zu § 1154. Turnau-Förster, Bem 4 zu § 1154; Kober, Bem. 1 C, c zu I, A 1 zu § 1154; Oberneck Bd II S. 198.

daß es von dem bisherigen und dem neuen Gläubiger spreche, zu erkennen, daß eine bestimmte Person als Zessionar bezeichnet sein müsse. Denkbar wäre höchstens, daß eine Blankozession mit der späteren Ergänzung gültig würde, wenn das richtige Datum der Ergänzung angegeben würde. Aber mangels einer besonderen Vorschrift (etwa entsprechend den §§ 55 des preußischen Eig.-Erwerbs-G., der die Blankozession von Grundschulden zuläßt), erklärt das Reichsgericht auch dieses für unzulässig. Im Einklange mit dieser Entscheidung stehen auch die Motive[1]), die die Blankozession deswegen ablehnen, um den Grundschuldbrief nicht zu einem Inhaberpapier werden zu lassen. Es wird auch bemerkt, daß, wenn der Wechsel in blanco giriert werden könne, sich dieses der Grundschuld gegenüber doch dadurch rechtfertige, daß bei dem regelmäßig binnen kurzer Zeit zahlbaren Wechsel der Gläubiger schon durch sein eigenes Interesse genötigt sei, ihn zur Verfallzeit dem Schuldner vorzulegen, während bei der Grundschuld die größten Schwierigkeiten entstehen könnten, wenn der Eigentümer, der sie kündigen oder Zahlung leisten, namentlich die Zinsen entrichten wolle, keine Kenntnis habe, wer gerade der Inhaber des in blanco abgetretenen Grundschuldbriefes sei.

Eine Blankozession ist übrigens nicht darin zu erblicken, daß jemand einem Notar Grundschuldbriefe und nicht ausgefüllte Abtretungsentwürfe aushändigt, mit der Vollmacht, diese nach Belieben oder nach bestimmten Weisungen auszufüllen. Tritt jetzt der Notar nach öffentlicher Beglaubigung der Namensschrift des anderen, die sich auf dem Blankett befindet, und nach dessen Ausfüllung die Grundschuld ab, so handelt er als Bevollmächtigter des Gläubigers, eine Blankozession liegt nicht vor[2]).

Zu einer gültigen Abtretung der Hypothek ist neben der Abtretungserklärung die Übergabe des Briefes erforderlich. Diese ist, wenn an sich auch der Abtretungserklärung gleich-

[1]) III. Bd. S. 783/84.
[2]) Vgl. RG. 81, 257 ff.

stehend (vgl. oben), doch tatsächlich von größerem Werte[1]); denn durch die Briefübergabe wird der Zedent außerstande gesetzt, anderweit über die Hypothek zu verfügen. Die Übergabe ist im Sinne der Eigentumsübertragung zu verstehen, d. h. also: ist der Zessionar nicht Eigentümer durch die Übergabe geworden, hat er auch die Hypothek nicht erworben. Dem steht auch § 952 nicht im Wege, denn dieser besagt nur, daß das Eigentum am Schuldschein dem Gläubiger zusteht; in unserem Falle aber ist ohne das Eigentum am Briefe der Zessionar überhaupt nicht Gläubiger geworden.

Geht dem Zessionar der Besitz des Briefes verloren, so hat er also die Eigentumsklage. Da die Vorschriften des § 1117 Anwendung finden, so hat auch hier der Brief die Bedeutung, daß Zug um Zug geleistet werden kann. Ferner steht dem Besitzer des Briefes die Vermutung zur Seite, daß die Übergabe erfolgt sei.

Auf die Erörterung der rechtlichen Natur des Hypothekenbriefes, insbesondere ob er ein Wertpapier ist[2]), kommt es hier nicht an, ebensowenig darauf, daß die schriftliche Abtretungserklärung durch Eintragung ins Grundbuch, die immerhin größere Garantien und Bequemlichkeiten bietet (vgl. § 7)[3]), ersetzt werden kann. Vielmehr sollte gezeigt werden, wie das Gesetz unter Benutzung des Hypothekenbriefes den rechtsgeschäftlichen Erwerb der Briefhypothek zuläßt, womit das Recht aus dieser eine Beweglichkeit und durch die Möglichkeit der Zug- um Zugleistung eine Sicherheit gewonnen hat, „die auf die Neigung der Kapitalisten, dem Realkreditbedürfnisse entgegenzukommen, auf das günstigste einwirken“[4]).

Noch eines sei hier bemerkt: Schon oben wurde für das Verständnis des § 1154 der Leitsatz des § 1153 herangezogen,

---

[1]) Fischer a. a. O. S. 269.

[2]) Hierzu z. B. Wolff S. 503 ff.; a. M.: Predari S. 156; Endemann S. 118 Bem. 13; OLG. 14, 115.

[3]) Vgl. Fischer S. 235.

[4]) Vgl. Mot. III. Bd. S. 615.

daß nämlich die Hypothek der Forderung stets nachfolgt, daß also die — vielleicht aus Versehen erfolgte[1]) — Nichterwähnung der Hypothek im § 1154 ohne Bedeutung ist. Die Regel des § 1153 ist aber gerade, wie Oberneck[2]) richtig ausführt, durch den folgenden Paragraphen durchbrochen worden; der Erwerb der Forderung ist von der Übergabe des Hypothekenbriefes abhängig gemacht, die Abtretungserklärung kann durch Eintragung ins Grundbuch ersetzt werden; ja vollends die einer Buchhypothek zugrundeliegende Forderung wird durch Einigung und Eintragung abgetreten. Von § 1154 wird man daher richtiger sagen müssen: bei der Abtretung folgt die Forderung der Hypothek.

§ 2. In Anbetracht der Natur der Briefhypothek stellt § 1155 ein notwendiges Erfordernis dar.

I. Der Zweck des Hypothekenbriefes, die Übertragung der Hypothekenforderung zu erleichtern, wird, wie gezeigt, dadurch erreicht, daß die Übertragung, wie bei Wechseln und anderen Wertpapieren, an die bloße Übergabe der Urkunde geknüpft ist[3]). Das bedeutet einen tiefen Einschnitt in das Eintragungsprinzip, das Grundbuch wird durch eine derartige Abtretung unrichtig. Nach den Regeln über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs könnte der Eigentümer mit befreiender Kraft an den letzteingetragenen Hypothekar zahlen, ferner müßte sich der Erwerber einer Briefhypothek, dem diese nicht vom eingetragenen Gläubiger, sondern von einem seiner Rechtsnachfolger abgetreten wurde, alle Mängel in dem „subjektiven Gläubigerrechte“[4]) seiner nicht eingetragenen Vormänner entgegengehalten lassen, auch wenn sie ihm nicht bekannt waren, d. h. solche Mängel, die zwar nicht das Recht, wie es eingetragen ist, betreffen, wohl aber dessen Bestand in der Person des nichteingetragenen Gläu-

[1]) Kober, Bem. 2 zu § 1153.
[2]) Bd. II S. 88.
[3]) Mot. III. Bd. S. 616.
[4]) Fuchs, Bem. 6 zu § 1155.

bigers. Es würde also auch im Falle der Abtretung nach § 1154 Abs. 1 die Eintragung des Zessionars ins Grundbuch für einen gesicherten Verkehr unerläßlich erscheinen, und damit entfiele gerade der Hauptvorteil der Briefhypothek, die Umlaufsfähigkeit der Briefe [1]). Das Gesetz mußte daher auf ein Mittel sinnen, daß von der Übertragungsform durch Abtretungserklärung und Briefübergabe mit derselben Sicherheit Gebrauch gemacht werden konnte, wie sie die Eintragung in das Grundbuch bietet.

II. Es wäre nun denkbar gewesen, den, der eine Briefhypothek durch Erlangung einer schriftlichen Abtretungserklärung und Empfangnahme des Briefes erwarb, wie den gutgläubigen Erwerber einer beweglichen Sache zu schützen [2]). Damit aber hätte man die in § 932 enthaltene Gleichstellung von Kenntnis mit grobfahrlässiger Unkenntnis ins Liegenschaftsrecht hineingebracht. Wollte man diese Gleichstellung aber fallen lassen, so würde der Parallele mit dem Mobiliarverkehr überhaupt die Grundlage fehlen. Daher lag die Regelung am nächsten, die der § 1155 gebracht hat, dessen erster Satz lautet:

„Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891—899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre."

Das Verhältnis wird also zugunsten des Erwerbers einer Briefhypothek so beurteilt, wie im Falle der Eintragung des Rechtsurhebers. Eine solche Anlehnung an das Eintragungsprinzip kann für die Klarheit des Gesetzbuches wie für die Einbürgerung der Briefhypothek nur vorteilhaft erscheinen. Damit entfällt natürlich die bei den Vorschriften

[1]) Wolff S. 507.
[2]) Mot. III. Bd. S. 753.

über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen enthaltene Ausnahme des § 935; hat also der Rechtsurheber den Brief seinem Vorgänger gestohlen, so wird der gutgläubige Erwerber des Briefes hier dennoch geschützt.

Der § 1155 findet nicht nur auf Briefhypotheken, sondern auch auf Briefgrundschulden und Briefrentenschulden Anwendung[1]), nicht aber auf die Buchhypothek (also auch nicht auf die Sicherungshypothek); für diese verbleibt es bei den Vorschriften der §§ 891—899[2]).

II. Teil.

Die Voraussetzungen des § 1155.

§ 3. Der Besitz des Briefes.

I. Es gilt jetzt, die einzelnen Voraussetzungen zu prüfen, unter denen der eine Briefhypothek außerhalb des Grundbuches Erwerbende dieselbe bevorzugte Stellung einnimmt, wie sie die in § 1155 angeführten Bestimmungen dem grundbuchmäßigen Erwerber zuteil werden lassen. Da die Übertragung der Forderung von der Übergabe des Briefes abhängt, ist natürlich dessen Besitz erforderlich. Dieser muß Eigenbesitz sein, es genügt jedoch bloß mittelbarer, in dem z. B. der alte Gläubiger den Brief für den Zessionar auf Grund besonderer Vereinbarung in Verwahrung hält (§§ 1154 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz; 1117 Abs. 1 Satz 2; 930), oder indem der Zedent dem Zessionar seinen Anspruch gegen das Grundbuchamt oder einen Dritten auf Herausgabe des Briefes abtritt (§ 931)[3]). Letzterer Fall ist aber nicht möglich, wenn die Hypothek dem Gläubiger bloß zur Einziehung überwiesen ist; denn da eine solche Überweisung der Abtretung, durch die das Gläubigerrecht übertragen wird, nicht gleichsteht, kann auch der mittelbare Besitz, wenngleich

[1]) Planck, Bem. 4 zu § 1155.
[2]) Dronke, im Z.Bl.FG. Bd. I S. 963.
[3]) Vgl. RG. Bd. 54 S. 112.

er durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen werden kann (§ 870), nicht durch eine Überweisung zur Einziehung übertragen werden.[1]) Auch der Fall des § 1117 Abs. 2 ist denkbar, wonach die Übergabe des Briefes durch die Vereinbarung zwischen Eigentümer und Gläubiger ersetzt werden kann, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Dann muß die Sache so liegen, daß der solchermaßen berechtigte Gläubiger den Brief noch nicht erhielt und mit seinem Zessionar die Abrede trifft, daß dieser nunmehr berechtigt sein soll, den Brief vom Grundbuchamt in Empfang zu nehmen. Diese Vereinbarung ist eine Art der Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931)[2]), doch gilt die Übergabe auch schon dann als erfolgt und der Zessionar daher als Briefbesitzer, wenn der Brief noch gar nicht ausgestellt wurde; denn § 1117 Abs. 2 bezweckt die Verzögerung des Erwerbes der Hypothek durch eine Verzögerung der Ausfertigung des Briefes zu vermeiden[3]). Doch ist nicht zu übersehen, daß die Stellung des neuen Gläubigers, der sich die Aushändigung des Briefes vom Zedenten hat bewilligen lassen, gefährdeter ist als die des Ersthypothekars, der sich das gleiche vom Eigentümer bewilligen ließ[4]). Denn solange der Zedent noch über den Brief beim Grundbuchamte verfügen kann, d. h. solange dieses noch nicht ordnungsgemäß von der Bewilligung in Kenntnis gesetzt wurde[5]), befindet sich der neue Gläubiger in Gefahr, daß der Zedent sich den Brief aushändigen läßt und die Hypothek an einen redlichen Dritten abtritt; diese Gefahr besteht aber für den Ersthypothekar in geringerem Maße, weil er als Gläubiger ins Grundbuch eingetragen ist.

II. Der Besitzer des Briefes hat nicht den Nachweis zu führen, daß ihm der Brief von seinem Vormann übergeben

[1]) Vgl. RG. 63, 218 u. die dort zit. Literatur.
[2]) Wolff, S. 462.
[3]) Prot. II Bd. III S. 729.
[4]) Predari S. 149.
[5]) Wie dies geschieht, darüber vergl. Fischer S. 255, besond. N. 23; Wolff S. 462; abweichend Predari S. 149.

wurde, da dies nach § 1154 Abs. 1 Satz 1, § 1117 Abs. 3 vermutet wird. Diese Vermutung kommt nicht dadurch zu Falle, daß der Briefbesitzer eine schriftliche Abtretungserklärung nicht in Händen hat, nur muß er dann den schriftlichen Abtretungsvertrag beweisen[1]). Gelingt es aber dem Eigentümer, die Widerrechtlichkeit der Brieferlangung durch den neuen Gläubiger aufzudecken, so bleibt diesem immer noch der Gegenbeweis, daß er infolge eines gültigen pactum de cedendo einen Anspruch auf den Besitz des Briefes habe (vgl. § 986 Abs. 1). Doch kann er sich zu diesem Zwecke nicht auf die zusammenhängende Reihe der beglaubigten Abtretungserklärungen und damit auf die §§ 891, 1138 berufen, da er mit dem Wegfall der Vermutung des § 1117 Abs. 3 kein wirksames Gläubigerrecht erlangt hat[2]).

Da der Besitz des Briefes Voraussetzung für die Gläubigerschaft aus dem Hypothekenrecht ist, so wäre an sich zur Legitimation des augenblicklichen Gläubigers ferner der Nachweis zu erbringen, daß der Brief regelmäßig bei jeder Abtretung von dem einen Vormann dem anderen übergeben worden sei. Das Gesetz sieht nicht nur von diesem Beweise ab, der äußerst schwierig wäre und dem Briefhypothekenverkehr sehr hinderlich sein würde, sondern es kann sogar unter Umständen die Hypothek vom Zessionar erworben werden, auch ohne daß bei einem der Vormänner eine Übergabe des Briefes stattgefunden hat. Zwar wurde nicht eine Regelung wie z. B. bei Orderpapieren für notwendig erachtet, daß der Zessionar, dem der Brief ordnungsgemäß übergeben wurde, stets wirksam erwirbt, wenn auch eine Übergabe an seinen Vormann überhaupt nicht erfolgt ist[3]). Es kommt vielmehr darauf an, ob der neue Gläubiger einen Mangel im Rechte des Zedenten, über den Brief zu verfügen, gekannt hat. Dieser Satz genügt um so mehr, als derjenige, der einmal gutgläubig den Hypothekenbrief erwarb, damit in der Lage

[1]) Fischer S. 269; vgl. dazu Predari S. 149 N. 12.

[2]) Fuchs, Bem. 2 zu § 1155; Biermann, Bem. 1c zu § 1117.

[3]) Prot. II Bd. III S. 657; Kober, Bem. I, 4 zu § 1155.

ist, über ihn auch zugunsten bösgläubiger Dritter wirksam zu verfügen [1]). Das war nach früherem Rechte allerdings zweifelhaft [2]). ist aber dem Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches durchaus entsprechend; denn der Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens hat nicht bloß relative, sondern absolute Wirkung; das gar nicht oder nicht so, wie der gutgläubige Erwerber meinte, bestehende Recht wird nicht bloß zu seinen Gunsten als richtig fingiert, sondern auch als solches erworben, sodaß alle entgegenstehenden Ansprüche Dritter erlöschen.

III. Daß der Besitz des Briefes zur Legitimation nach § 1155 im Falle der rechtsgeschäftlichen Übertragung eine notwendige Voraussetzung ist, haben wir gesehen. Der § 1155 erwähnt nun aber auch die beiden anderen Möglichkeiten der Übertragung, er sagt im zweiten Satze:

> „Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung".

Im Falle der gerichtlichen Überweisung (an Zahlungsstatt, s. § 5) ist der Übergang des Gläubigerrechtes ebenfalls von der Übergabe des Briefes abhängig. § 837 Abs. 1 Satz 1 der ZPO. sagt zwar nur:

> „Zur Überweisung einer gepfändeten Forderung, für welche eine Hypothek besteht, genügt die Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger."

Doch war die ausdrückliche Erwähnung des Briefes auch gar nicht nötig, da in § 830 schon zur Pfändung einer Hypothekenforderung außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Briefes an den Gläubiger erfordert wird [3]). Da § 830 weiter bestimmt, daß die Übergabe, die im Wege der

---

[1]) Mot. III. Bd. S. 752/53.

[2]) Näheres hierüber bei Planck Bem. III, 1 zu § 892.

[3]) Seuffert, Bem. 1 zu § 837 ZPO.; Begründung der Nov. zur ZPO. v. 1898 zu § 737 a (jetzt § 837).

Zwangsvollstreckung erwirkt wird, als erfolgt gilt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt, so ist dieser damit im Sinne des § 1155 legitimiert, da er kraft Gesetzes mittelbarer Eigenbesitzer des Briefes wurde. Das gleiche gilt übrigens, wenn dem Schuldner, der zur Abtretung einer Hypothekenforderung verurteilt ist, der Brief zwecks Ablieferung an den Gläubiger vom Gerichtsvollzieher weggenommen wird (§ 897 ZPO.)[1]. Was den Übergang der Forderung kraft Gesetzes anlangt, so wird dieser nicht durch die Übergabe des Briefes bedingt (vgl. §§ 896, 1144, 1167)[2]. Hier ist es also etwas Besonderes, daß der neue Gläubiger, um die Stellung des § 1155 zu erlangen, sich im Besitze des Briefes befinden muß.

§ 4. Die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärungen bezw. der anderen Urkunden.

I. Das Gläubigerrecht des Briefbesitzers muß sich aus einer zusammenhängenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen oder Anerkenntnissen einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung ergeben.

§ 1155 will damit nicht eine neue Erwerbsart der Briefhypothek schaffen; diese kann stets durch bloß schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe übertragen werden, wer daher in solcher Weise unmittelbar vom eingetragenen Hypothekar erwirbt, genießt ohne weiteres den Schutz des § 892[3]. Unser Paragraph will als Sonderbestimmung den Erwerb kraft öffentlichen Glaubens auch bei der außerhalb des Grundbuchs erfolgenden Übertragung der Briefhypothek ermöglichen[4] und knüpft den Schutz des gutgläubigen Zessionars an die öffentliche Beglaubigung der

[1]) Dies war bisher streitig: Sydow-Busch, Bem 3 zu § 897 ZPO.

[2]) Vgl. z. B. Schweitzer in Gruch Beitr. 45, 561.

[3]) Kober, Bem. I, 1 zu § 1155. Vgl. unten § 7.

[4]) Vgl. Hans GZ. 1910, Beibl. S. 35.

Übertragungsurkunden. Während im I. Entwurfe die Gültigkeit der Abtretung überhaupt von der Beobachtung dieser Form abhängig gemacht war[1]), begnügte sich die zweite Kommission hier mit einfacher Schriftlichkeit, für den § 1155 aber hielt sie die strengere Form für angemessen, da so eine erhöhte Garantie dafür geschaffen werde, daß regelmäßig bei der Abtretung von den Vormännern auch der Hypothekenbrief übergeben worden sei und daß wirklich eine gültige Zession stattgefunden habe. Insbesondere werde für den Gläubiger die Gefahr verringert, sein Recht dadurch zu verlieren, daß ein redlicher Dritter auf Grund einer gefälschten Abtretungserklärung im Fall einer Entwendung des Briefes die Hypothek erwerbe[2]). Die Protokolle sprechen ausdrücklich von einer Verringerung der Gefahr, es ist also möglich, daß ein gutgläubiger Erwerb auf Grund einer öffentlichen Abtretungserklärung, die durch Täuschung des Notars erlangt wurde, stattfindet[3]). Diese Auffassung hat auch im Gesetze selbst ihren genügenden Ausdruck gefunden; es wird eine zusammenhängende Reihe von Erklärungen verlangt, die auf Abtretung lauten und die von einem Notar beglaubigt sind, einerlei, wie diese Erklärungen und wie die notarielle Beglaubigung zustande gekommen sind. Es kommt also nicht darauf an, ob eine Abtretung tatsächlich erfolgt ist, ob z. B. die beglaubigte Unterschrift des Zedenten A in blanco geleistet wurde[4]). Wird die Blankoabtretung durch die Erklärung ausgefüllt, daß an B zediert sei, so kann dieser, wie oben (§ 1) gezeigt wurde, daraufhin zwar nicht Gläubiger werden; jedoch liegt mit der Ausfüllung eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung vor; denn das, was gemäß § 1155 beglaubigt werden muß, ist lediglich die Unterschrift

[1]) Vgl. Hachenburg, Beitr. S. 106.

[2]) Prot. II Bd. III S. 651, 657.

[3]) Vgl. ELG. Hamburg v. 19. Juni 1913 (nicht publizierten Gerichtsakten entnommen); Kretzschmar, Grundbuchr. Bd. I S. 271, 272; Cosack Bd. II, 1 S. 231, Beispiel III zu d; Predari S. 155 N. 23.

[4]) Vgl. Beschl. d. LG. Hamburg v. 19. März 1913 (nicht publizierten Gerichtsakten entnommen).

(§§ 129 BGB., 183 FGG.[1]); wenn jetzt der redliche C die Forderung erwirbt, so erlangt er damit die Stellung des § 1155.

II. Es fragt sich, inwieweit dieser Paragraph anwendbar ist, wenn eine privatschriftliche Abtretungserklärung nachträglich beglaubigt wird. Nehmen wir folgende Reihe an:

A im Grundbuch eingetragen,
A an B beglaubigt,
B an C unbeglaubigt,
C an D beglaubigt.

Jetzt wird die Beglaubigung der Abtretung des B an C nach der bereits erfolgten beglaubigten Abtretung des C an D vorgenommen. Planck[2]) meint, daß der Schutz des öffentlichen Glaubens zugunsten des D nunmehr nachträglich eintritt, vorausgesetzt, daß der Erwerber nicht in der Zwischenzeit Kenntnis von einem Mangel in dem Rechte des Vormannes oder dessen Nachfolgers erlangt hat. Auch Boehm[3]) ist der Ansicht, daß in solchem Falle die Nachholung der Beglaubigung denselben Erfolg haben muß, wie wenn sie von vornherein vorhanden gewesen wäre. Zweifellos sind die Voraussetzungen des § 1155 in der Person des D insoweit gegeben, als er Briefbesitzer und durch eine fortlaufende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimiert ist. Er wird demnach behandelt, wie wenn er im Grundbuch als Gläubiger eingetragen wäre, da in § 1155 nichts davon gesagt ist, daß die Beglaubigungen in einer bestimmten Zeitfolge geschehen müssen. Daher steht ihm jetzt die Vermutung der § 891 zur Seite, und wenn er die Forderung an E weiter zediert, so gilt er zu dessen Gunsten als eingetragener Gläubiger. Der ursprüngliche Mangel der Beglaubigung ist bedeutungslos geworden.

In einer anderen Beziehung vermag ich aber Planck nicht beizutreten; dieser scheint — mit der herrschenden

[1]) So die herrsch. Meinung, vgl. Ebert-Dudeck-Lindemann, Bem. 2a zu § 183 F.G.G., Franz § 53 Ziff. 2.

[2]) Bem. 2b zu § 1155.

[3]) S. 224.

Lehre [1]) — der Ansicht zu sein, daß infolge der nachträglichen Beglaubigung auch zugunsten des D, vorausgesetzt, daß dieser nicht inzwischen bösgläubig wurde, die Fiktion des § 892 eintreten, also dessen Rechtsurheber C als wirklicher Gläubiger gelten muß. Allein C ist zu keiner Zeit voll legitimiert gewesen: als er den Brief übergab, erfolgte dies mit einer privatschriftlichen Abtretungserklärung, und als deren öffentliche Beglaubigung stattfand, war er nicht mehr Briefbesitzer. Man darf doch den Tatbestand nicht aus ganz verschiedenen Zeiten zusammensetzen um die „Fiktionsbasis" [2]) des § 1155 zu erhalten. Mit dem guten Glauben des D hat die Frage nichts zu tun

Wenn Bernhöft meint, daß auch bei der Planckschen Auffassung für den guten Glauben nur die Zeit des Erwerbes der Forderung, der bereits mit der schriftlichen Abtretungserklärung erfolgte, und nicht die der öffentlichen Beglaubigung in Betracht kommen könne, [3]) so scheint mir das für unseren Fall nicht zutreffend; denn einen gutgläubigen Erwerb von Forderungen kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, wenn es ausnahmsweise einen solchen bei der Hypothek und aus den Gründen des § 1138 bei der zugrundeliegenden persönlichen Forderung zuläßt, so geschieht dies wegen des Publizitätsprinzips des Grundbuchs; der gute Glaube muß regelrecht zur Zeit der Eintragung vorhanden sein; da in unserem Falle, wo es sich um die außergrundbuchmäßige Übertragung der Hypothek handelt, jenes Prinzip nur Anwendung finden soll, wenn — neben der Briefübergabe eine öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung erfolgt, so ist diese allerdings der Zeitpunkt, der für den guten Glauben maßgebend ist. Der Behauptung von Bernhöft, daß die Zeit des Erwerbes für den guten Glauben des Zessionars in Betracht komme, ist nur insoweit beizutreten, als die auf jenen lautende Abtretungserklärung bloß privat-

[1]) Vgl. Wolff S. 508 N. 23.

[2]) Bernhöft S. 390 f, Hachenburg, Beitr. S. 107; a. M.: Oberneck Bd. II S. 200.

[3]) Bernhöft S. 391.

schriftlich erfolgte[1]). Davon wird später noch zu handeln sein (§ 7).

Die herrschende Meinung, die offenbar dem Verkehrsbedürfnis entgegenkommt, sucht Sawitz[2]) mit einer analogen Anwendung des § 185 zu verteidigen, nach welchem die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam wird, wenn dieser nachträglich den Gegenstand erwirbt. In der Berechtigung des C wird zwar, so sagt Sawitz, durch die nachträgliche Beglaubigung nichts geändert, war die Forderung durch Zahlung auf den Grundstückseigentümer übergegangen, so kommt sie jetzt nicht wieder ins Leben. Jedoch rechtfertigt sich die Vergleichung dadurch, daß, wie im Falle des § 185 nachträglich das Recht des Verfügenden erzeugt wird, so hier seine Legitimation zugunsten des D, und dieser nachträglichen Legitimation muß man dieselbe Wirkung zuschreiben, wie der nachträglich eintretenden Berechtigung. Auch dieser Beweisführung ist das oben Gesagte entgegenzuhalten, daß die zur Legitimation des C erforderlichen Umstände doch nicht einzeln zu ganz verschiedenen Zeiten vorliegen dürfen. Wohl kann die Eintragung des D fingiert werden, aber nicht, daß C früher eingetragen gewesen sei.

Bezüglich der Person des C muß sich also D nach wie vor alle Einwendungen entgegenhalten lassen, dies kann auch durch eine nachträgliche Beglaubigung nie geändert werden. Hachenburg selbst bemerkt dazu[3]), daß dies allerdings kein besonders angenehmes Resultat ist. — Die Sache liegt natürlich nicht anders, wenn nicht der unmittelbare Vormann des D, sondern einer seiner früheren Vorgänger auf Grund einer bloß schriftlichen Abtretungserklärung erwarb, wenn also die Reihe folgende ist:

A im Grundbuch eingetragen,
A an B beglaubigt,
B an B_1 unbeglaubigt,
B_1 an B_2 beglaubigt,

[1]) Schweitzer a. a. O. S. 574.
[2]) S. 124.
[3]) Beitr. S. 108.

B_2 an C beglaubigt,
C an D beglaubigt.

Auch hier muß sich D, wenn die Beglaubigung der Abtretung des B an B_1 erst nach seinem Erwerb erwirkt wird, alle Einwendungen aus der Person des B_1 entgegensetzen lassen. Ob auch die Einwendungen bezüglich der Vorgänger B_2 und C, die ordnungsgemäß erworben haben, sich erhalten, ist eine andere Frage und wird später (§ 6) zu untersuchen sein. Aus dem bisherigen sieht man, daß die Auffassung, als ob der letzte legitimierte Gläubiger unmittelbar von dem Eingetragenen erworben hätte, vom Gesetze abgelehnt wird [1]), und daß es daher für den Erwerber einer Briefhypothek ratsam ist, jede Abtretungserklärung auf ihre Form hin zu prüfen und etwa fehlende Beglaubigungen noch vor dem eigenen Erwerbe nachholen zu lassen.

III. Die Form der öffentlichen Beglaubigung, für die Schriftlichkeit der Erklärung und nur die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift, d. h. deren Vollzug in Gegenwart von Richter oder Notar oder deren Anerkennung durch diese Personen erfordert wird (§ 129 Abs. 1 BGB., § 183 Abs. 1 FGG.), kann durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt werden (§ 129 Abs. 2). Sie ist ferner bei Abtretungserklärungen, die von öffentlichen Behörden in eigenen Angelegenheiten in gehöriger Form ausgestellt werden, nicht erforderlich, wenn solche Urkunden nach dem maßgebenden Reichs- oder Landesrecht als öffentliche anzusehen sind, beispielsweise bedürfen keiner Beglaubigung Abtretungserklärungen einer Gerichtskasse, Sparkasse, Kirchen- oder Stadtgemeinde [2]).

§ 5. Die Urkunden des § 1155.

I. Soweit die Kette der Forderungsübergänge durch rechtsgeschäftliche Übertragungen gebildet wird, sind zur Legitimation des Briefbesitzers öffentlich beglaubigte Ab-

[1]) Kober, Bem. 4 zu § 1155; Mot. III. Bd. S. 753.
[2]) Planck, Bem. 2 b zu § 1155 u. besond. Schweitzer S. 570.

tretungserklärungen erforderlich. Das Gesetz erspart also dem Zedenten den Nachweis der einzelnen Abtretungsverträge, aus denen sich seine Berechtigung zur Übertragung herleitet [1]), es beschränkt ferner die Pflicht des Zessionars, diese Berechtigung zu prüfen, darauf, ob der Übergang der Forderung auf den Zedenten durch eine ununterbrochene Reihe formgerechter die Übertragung ergebender Urkunden vermittelt wird [2]). Der Erwerber braucht sich also weder darum zu kümmern, ob der einzelne Abtretungsvertrag wirklich geschlossen wurde, ob z. B. auch eine gültige Annahme erfolgte, noch darum, wie die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung zustande kam, ob nicht etwa die Beglaubigung erst später als die Abtretung oder durch Täuschung des Notars erwirkt wurde, ob ferner die Erklärung nicht z. B. unter einem Zwang oder nur zum Scherz erfolgte (vergl. auch § 4). — Wer sich zur Abtretung einer Hypothekenforderung verpflichtet hat, kann im Wege der Klage zur Abgabe der Abtretungserklärung gezwungen werden. Wird er verurteilt, so gilt mit der Rechtskraft des Urteils die Erklärung als abgegeben (§ 894 ZPO.), und zwar in der Art, die nach dem Zwecke, dem die Erklärung dienen soll, erforderlich ist, in unserem Fall also in der Form der öffentlichen Beglaubigung [3]). Das Urteil ersetzt die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung in jeder Beziehung, da ein solcher Forderungserwerb nach § 898 ZPO. einem rechtsgeschäftlichen gleichgestellt ist [4]).

II. Vollzieht sich der Übergang der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung, so ist der Abtretungserklärung ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß gleichgestellt. Die Pfändung einer Briefhypothek erfolgt durch Pfändungsbeschluß des Gerichtes und Übergabe des Briefes an den

[1]) Schweitzer S. 560.

[2]) Mot. III. Bd. S. 753; Fuchs, Bem. 3 a zu § 1155.

[3]) Vgl. besonders Turnau-Förster S. 105 Bem. 1, ferner Planck. Bem. 2 b, d zu § 1155; Fuchs, Bem. 3 a zu § 1155.

[4]) Kober, Bem. II b 1 a zu § 892; Fischer S. 290.

Gläubiger, die Überweisung der gepfändeten Forderung durch Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an diesen (§§ 830 Abs. 1, 837 Abs. 1 ZPO.). Es fragt sich, ob nicht § 1155 nur die Überweisung an Zahlungsstatt im Auge hat, da nur bei dieser ein Übergang des Gläubigerrechtes erfolgt (vergl. § 835 ZPO.). Dem ist in der Tat so aus folgendem — schon hier zu erwähnenden — Gesichtspunkte: der Schutz des öffentlichen Glaubens soll im allgemeinen nicht auf den Erwerb durch Zwangsvollstreckung erstreckt werden. In den Kommissionsverhandlungen wurde zwar der Antrag gestellt [1]), den Erwerber im Wege der Zwangsvollstreckung dem Zessionar gleichzustellen; denn es sei unlogisch und unpraktisch, nur diesen zu schützen, da derjenige, der die Hypothek durch Überweisung erwerbe, leicht alle Einwendungen dadurch abschneiden könne, daß er die ihm überwiesene Hypothekenforderung schleunigst an einen gutgläubigen Dritten weiter zediere. Es sei eine Regelung abzulehnen, die dem geschäftskundigen Gläubiger vor dem weniger geschäftskundigen einen Vorteil einräume. Demgegenüber wurde von der Mehrheit mit Recht geltend gemacht, daß von dem Grundsatze: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet, nur im Interesse des Realkredits eine Ausnahme gemacht sei, um denjenigen, der die Hypothek durch eine Abtretungserklärung erwerbe, in seinem guten Glauben zu schützen. Diese Rücksicht auf den Schutz des guten Glaubens im Verkehr treffe auf den Erwerb durch Zwangsvollstreckung nicht zu. Der Umstand allein, daß sich der Pfändungsgläubiger durch alsbaldige Weiterzession vor Einreden schützen könne, sei kein Grund für den Gesetzgeber, diesem den Schutz des § 1155 angedeihen zu lassen [2]). Demgemäß spricht auch § 892 im Gegensatz zum I. Entwurfe (§ 837) nur vom einem Erwerbe durch Rechtsgeschäft. — Auch die §§ 1257, 1273, wonach die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes

[1]) Prot. II Bd. III S. 658.

[2]) Ebenso z. B. Fuchs, Bem. 3 b zu § 1155; Planck, Bem. 2 b zu § 1155.

entstandenes entsprechende Anwendung finden, dürfen für die gegenteilige Ansicht nicht herangezogen werden;[1]) denn einmal entsteht das Pfändungspfandrecht durch Richterspruch und nicht durch Gesetz, und dann redet § 1257 von einem kraft Gesetzes „entstandenen" Pfandrecht, sodaß bezüglich seiner Entstehung nicht die Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht Anwendung finden dürfen[2]). Endlich kommt auch § 804 ZPO. nicht in Betracht, wo bestimmt ist, daß das Pfändungspfandrecht dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein vertragliches Faustpfandrecht gewähren soll; denn die Gleichstellung erfolgt eben nur „im Verhältnis zu anderen Gläubigern".

Der gerichtliche Überweisungsbeschluß im § 1155 hat somit lediglich die Bedeutung, daß zugunsten des Zessionars, der von einem durch Überweisungsbeschluß legitimierten Briefinhaber erwirbt, die Fiktion des § 892 gilt, nicht aber kommt dem durch den Überweisungsbeschluß Legitimierten selbst diese Fiktion bezüglich des Rechtes seines Vormannes zustatten. Der Überweisungsbeschluß kann stets nur ein Bindeglied in der Kette der Erwerber, nicht den Schluß derselben bilden[3]). Da also § 1155 hier nur bei einer Weiterzession in Frage kommt, eine solche aber nur bei einer Überweisung an Zahlungsstatt für den Pfändungsgläubiger rechtlich statthaft ist, so kann der Paragraph nur an diese bei Erwähnung des Überweisungsbeschlusses gedacht haben[4]).

III. 1. Der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung wird endlich das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer

[1]) Fischer S. 292.

[2]) Vgl. Planck. Bem. 3 a zu § 1257, bestritten.

[3]) Vgl. Ramdohr S. 372, in Gruch Beitr. Bd. 44.

[4]) Kober, Bem. 5 a zu § 1155. Übereinstimmend Turnau-Förster, Bem. 3; Biermann, Bem. 1 zu § 1155; Struckmann-Koch, Bem. 3—5 zu § 835 Z.P.O. Nicht ganz zutreffend Predari 153 N. 18 S. und Wolff S. 509 N. 27. Der zur Einziehung Berechtigte gilt doch dem Eigentümer gegenüber nicht legitimiert im Sinne des § 1155, sondern als Vertreter seines nach § 1155 legitimierten Schuldners.

kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung gleichgestellt. In den Protokollen (Bd. III S. 658) ist diese Gleichstellung nicht weiter begründet, es heißt einfach: „Gegen den Vorschlag..... erhob sich kein Widerspruch". Bestimmend ist offenbar gewesen, daß auch der gesetzliche Übergang der Forderung und damit der Hypothek (§§ 412, 401, 1153) außerhalb des Grundbuchs, ja sogar ohne Übergabe des Briefes (vgl. oben § 3 a. E.) erfolgt. Hat der neue Gläubiger nun den Besitz des Briefes, dessen Herausgabe er verlangen kann (§§ 405, 952), erhalten, so ist kein Grund, ihm nicht die gleiche Rechtsstellung zu ermöglichen, wie dem rechtsgeschäftlichen Zessionar, der sich im Besitze des Briefes befindet [1]). — Wie die Abtretungserklärung wird auch das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis durch die rechtskräftige Verurteilung zu seiner Abgabe ersetzt (§§ 894, 898 ZPO.). Doch ist zu beachten, daß bei der Abtretung das Urteil in Verbindung mit der Übergabe des Briefes die Rechtsänderung selbst begründet, während die Verurteilung zur Anerkennung nur den Nachweis der kraft Gesetzes erfolgten Übertragung ersetzt [2]).

2. An das Anerkenntnis knüpfen sich lebhaft umstrittene Fragen an, die zum Teil auch das Wesen der anderen beiden Urkunden in Mitleidenschaft ziehen. Bevor wir in diesen Streit eintreten, wollen wir zunächst prüfen, welche Fälle des gesetzlichen Überganges der Forderung hierher gehören. Wie schon bemerkt, ist unter der Übertragung der Forderung gemäß § 1153 eine solche der Forderung mitsamt der Hypothek zu verstehen. Fraglich ist, ob man den Paragraphen über seinen Wortlaut hinaus ausdehnen und auch den Übergang der Hypothek ohne Forderung hierher rechnen darf. Dies wird von den Kommentaren nur anläßlich des gesetzlichen Überganges geprüft [3]), wo allerdings ein Übergang der bloßen

[1]) Dronke S. 957.

[2]) Turnau-Förster, Bem. 4 zu § 1155. A.M. Schweitzer (vgl. unten).

[3]) Z. B. Turnau-Förster, Bem. 5; Planck, Bem. 2 b zu § 1155.

Hypothek am häufigsten vorkommt. Dronke bemerkt, daß ein solcher Fall aber ebensogut auch bei den anderen beiden Übertragungsmöglichkeiten eintreten kann.

a) Was die freiwillige Abtretung anlangt, so ist hier ein Übergang der Hypothek ohne Forderung zunächst unmöglich, da eine bloße Hypothek ohne Forderung nicht bestellt werden kann[1]). Es ist daher der Rechtsstand anzunehmen, daß die Hypothek ohne Forderung übergangen und dieses im Grundbuch eingetragen ist. Der Hauptfall ist der der Eigentümerhypothek, die sich, wenn, wie hier angenommen wird, die Forderung dem Eigentümer nicht zusteht, kraft Gesetzes in eine Eigentümergrundschuld verwandelt (§ 1177 Abs. 1). Der Eigentümer kann diese einmal in der Weise übertragen, daß er sie unter Einschiebung einer neuen Forderung als Hypothek abtritt (§§ 1180, 1189)[2]). Dronke meint, daß für diese Form der Abtretung § 1155 nicht in Frage kommen kann, da sie nach § 1180 der Eintragung ins Grundbuch bedarf. Dem ist aber mit Planck (Bem. 2 b zu § 1155) entgegenzuhalten, daß es doch die Aktion des § 1180, nämlich die Einschiebung der Forderung in die Grundschuld ist und nicht die Abtretung, die die Eintragung in das Grundbuch erfordert. Es ist wohl denkbar, wenn es auch praktisch kaum je so gehandhabt werden wird, daß nur diese Einschiebung gebucht und nunmehr die Hypothek außerhalb des Grundbuchs dem anderen abgetreten wird. Dieser Fall gehört aber nicht hierher, wo von dem Übergange der bloßen Hypothek gehandelt werden soll. — Der Eigentümer kann seine Grundschuld auch als solche weiter übertragen, dann sind gemäß § 1192 die Vorschriften über die Hypothek maßgebend, die Abtretung erfolgt also nach § 1154 außerhalb des Grundbuchs, und der Briefbesitzer, dem eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung gewährt wurde, gilt späteren Erwerbern gegenüber legitimiert im Sinne des § 1155, wie auch die anderen Folgen dieses Paragraphen eintreten.

[1]) Hierfür und für das folgende vgl. Dronke S. 958 ff.

[2]) Ob freilich § 1180 auf die Grundschuld Anwendung findet, ist sehr bestritten.

Es ist ferner an den Fall des § 1164 zu denken:

„Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann".

Hier ist die Ansicht vertreten, daß die Hypothek als bloße dingliche Belastung auf den Schuldner übergeht[1]). Ich meine zwar, daß sich die Hypothek kraft Gesetzes mit der Regreßforderung des Schuldners gegen den Eigentümer verbindet[2]), dann gehört der Fall nicht an diese Stelle, da nach § 1153 die Hypothek nur mit der Forderung (allerdings außerhalb des Grundbuchs gemäß den §§ 1154, 1155) übertragen werden kann. Sieht man indes die Hypothek als bloße dingliche Belastung an, so muß ihre weitere Übertragung mangels besonderer Vorschriften nach § 873 durch Einigung und Eintragung erfolgen.

b) Wenn also in dem einzigen Falle der vertraglichen Abtretung der bloßen Hypothek, nämlich durch den Eigentümer, der § 1155 zur Anwendung gelangt, warum sollte es da nicht in Anbetracht der gleichartigen Behandlung der drei Übertragungsmöglichkeiten auch bei dem gesetzlichen Übergange der bloßen Hypothek ebenso sein können? Man erwäge noch folgendes:[3]) Der gesetzliche Übergang der Hypothek, sei es mit, sei es ohne Forderung, ist stets dadurch begründet, daß die Forderung in dem einen oder anderen Sinn erlischt (§§ 1163, 1164, 1171, 1173 ff.) oder im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen wird (§ 1170). Wenn die Hypothek mit oder ohne Forderung übergeht, so geschieht das aber im Gegensatz zur allgemeinen Regel des § 873 außerhalb des Grundbuchs. Da nun diese beiden gleichartigen Ausnahmen gleichmäßig in der grundsätzlichen Vereinigung von Forde-

[1]) Turnau-Förster, Bem. 2; Fuchs, Bem. 6 zu § 1164.

[2]) So Biermann, Bem. 1; Planck, Bem. 3 zu § 1164; Dernburg, Bd. III § 221, II, 2. Oberneck, § 139 Nr. 2 u. a. m. Vergl. auch die ausführliche Begr. des RG. in einer Entsch. v. 7. Dez. 1912 in Bd. 81 S. 72 ff.

[3]) Dronke S. 959.

rung und Hypothek ihren Ursprung haben und beide als Folge einer Verfügung über die Forderung eintreten, warum sollte man sie da nicht auch hinsichtlich der grundbuchmäßigen Wirkungen ihres Eintritts gleich behandeln? Und dies umsomehr, da doch § 1155 auch den Schutz einer Änderung des dinglichen Rechts im Auge hat; ja, der öffentliche Glaube des Grundbuchs, der an sich für die dinglichen Rechte geschaffen wurde, erstreckt sich auf die Forderung zufolge § 1138 nur insoweit, „als die Hypothek von ihr abhängig ist“ [1]). Wie der § 1154, der von der Abtretung der Forderung spricht, da diese grundsächlich das prinzipale Moment ist (§ 1153), tatsächlich den Übergang des dinglichen Rechtes regelt (vgl. § 1 a. E.), so bezweckt auch § 1155, wenngleich er wegen jenes Grundsatzes und weil die Forderung zur Aufrechterhaltung der Hypothek von Nöten ist, nur den Übergang der Forderung erwähnt, in erster Linie den Schutz des dinglichen Rechtes [2]). Die Ausdehnung dieses Schutzes auf den außerhalb des Grundbuchs erfolgenden Übergang des dinglichen Rechtes ist also „Urgrund und Endzweck des § 1155“ [3]). Daher ist es ungerechtfertigt, diesen Paragraphen, der den öffentlichen Glauben des Grundbuches nach den §§ 891 bis 899 auf die persönliche Forderung nur insoweit ausdehnen will, als sie zur Stütze der Hypothek dient, dann nicht anzuwenden, wenn die Hypothek ohne die Forderung übergeht. Man muß also, wie es auch allein den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht, den § 1155 auf den gesetzlichen Übergang der bloßen Hypothek ausdehnen. Dieser Ansicht ist auch die herrschende Meinung [4]). — Bollenbeck (ZDNot.-Ver. 1901 S. 44) weist noch auf den (oben schon erwähnten) Kommissionsantrag hin, durch den die Aufnahme des Anerkenntnisses in § 1155 verlangt wurde. Dieser habe nur von dem Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung

[1]) Mot. III. Bd. S. 694.

[2]) Vgl. Mot. III. Bd. S. 751 unten.

[3]) Dronke S. 960.

[4]) Oberneck in Z.Not.-Ver. 1903 S. 155, 156; Predari S. 154 f. a. M.: Güthe, Recht 1901 S. 219.

gesprochen, auf die Fassung habe man also keinen Wert gelegt und keinen Unterschied zwischen „Forderung und Hypothek“ und „Hypothek allein“ machen wollen. Auch Bollenbeck übersieht, daß ein Übergang der bloßen Hypothek nicht nur bei der gesetzlichen Übertragung, sondern auch bei der freiwilligen Abtretung und — wie wir jetzt sehen werden — bei der gerichtlichen Überweisung vorkommt und ebenfalls unter § 1155 fallen muß.

c) Was nämlich die letztere anlangt, so ist folgendes zu bemerken. Während die Pfändung der forderungsbekleideten Eigentümerhypothek nach den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Hypothekenforderungen zu erfolgen hat, kann dies bei der forderungsentkleideten Eigentümerhypothek zweifelhaft sein. Manche meinen nämlich [1]), daß die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 1177 Abs. 1), wonach eine solche Hypothek sich in eine Grundschuld umwandelt, für die Zivilprozeßordnung nicht maßgebend ist; deswegen komme hier für die Pfändung der Abs. 2 des § 857 ZPO. in Frage, der sagt:

> „Ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist.“

Danach bedarf es hier zur Pfändung lediglich der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Grundstückseigentümer. Das Reichsgericht steht auf dem entgegengesetzten Standpunkte [2]); es geht davon aus, daß die Eigentümerhypothek auch im Sinne der Zivilprozeßordnung eine Grundschuld ist, und hat gegen obige Ansicht außerdem noch das Bedenken, daß die Sicherheit des Verkehrs leidet. Es will also den Abs. 6 des § 857 angewandt wissen, der sagt, daß auf die Zwangsvollstreckung in eine Grundschuld die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Hypothekenforderungen Anwendung

---

[1]) Vgl. z. B. Gaupp-Stein, Bem. II, 6 zu § 857; Freudenthal, JW. 1904 S. 601 ff.

[2]) RG. 56, 184 ff.; 59, 314.

finden sollen. Danach erfordert die Pfändung einer Eigentümerbriefhypothek einen Pfändungsbeschluß und Übergabe (oder Wegnahme) des Briefes an den Gläubiger, die Überweisung Aushändigung des Überweisungsbeschlusses an diesen. Das Verfahren, dem das Reichsgericht den Vorzug gibt, scheint mir aus den gleichen Gründen das richtige[1]). Ist demgemäß die Eigenthümerhypothek gepfändet und überwiesen worden, so findet auch hier der § 1155 wie bei der Abtretung schon nach den §§ 857 Abs. 6 ZPO., 1177, 1192 BGB. ohne weiteres Anwendung.

Endlich sei noch die Möglichkeit erwähnt, daß man die Hypothek, die der den Gläubiger befriedigende persönliche Schuldner gemäß § 1164 erwirbt, als forderungsentkleidete dingliche Belastung ansieht (vgl. oben). Dann wäre sie ein nach § 857 pfändbares Vermögensrecht; da dieser Paragraph auf die früheren Bestimmungen verweist, so hätten Pfändung und Überweisung nach den §§ 830, 837, also im Gegensatz zur freiwilligen Abtretung (vgl. oben Seite 25), außerhalb des Grundbuches zu erfolgen, und damit käme auch hier § 1155 zur Anwendung[2]).

3. Noch in anderer Beziehung wird man den § 1155 über seinen Wortlaut hinaus auslegen müssen. Es handelt sich darum, jene Fälle, in denen die Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder der Eigentümer den Hypothekenbrief nicht begibt und die Hypothek deshalb diesem zusteht (§ 1163 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2), den Fällen des gesetzlichen Überganges der Forderung analog zu behandeln. Zwar liegt hier kein Übergang der Hypothek vor, sie steht nach wie vor dem Eigentümer zu; und dennoch ist ein Übergang erforderlich, damit der materiell berechtigte Eigentümer in die Lage versetzt wird, über die Hypothek zu verfügen, nämlich ein Übergang der formellen Verfügungsmacht von dem ursprünglich zum Gläubiger Ausersehenen, der ja noch

[1]) Vgl. Seuffert, Bem. 5 b zu § 857 und die dort zit. Literatur; Hirsch, Arch.Bürg.R. 25, 246.

[2]) Dronke S. 962.

als solcher im Grundbuche steht, auf den Eigentümer. Der eingetragene Nichtberechtigte ist nach § 894 verpflichtet, zur Herbeiführung dieses Überganges, m. a. W.: zur Grundbuchberichtigung mitzuwirken. Diese Rechtslage hat mit der gesetzlichen Übertragung einmal gemein, daß sie sich völlig unabhängig vom Grundbuch entwickelt, und ferner, daß diese Verschiedenheit zwischen formeller und materieller Berechtigung ihren Grund in den Schicksalen der Forderung hat, die dort erlischt, hier gar nicht zur Entstehung gekommen ist. Endlich ist zu beachten[1]), daß der Verkehr wenig danach fragt, ob der zedierende Eigentümer sich erst die Hypothek erworben oder sie von vornherein besessen hat, ob ihm der Brief bei der Zahlung wieder ausgehändigt wurde oder ob er ihn gar nicht von sich gab. Und man muß sagen, daß es nur berechtigt erscheint, den im Besitze des Briefes befindlichen Eigentümer, der sich durch das Anerkenntnis legitimiert, daß die Hypothek nicht entstanden ist und ihm daher zusteht, den durch ein Anerkenntnis des gesetzlichen Überganges gekennzeichneten Briefbesitzer gleich zu behandeln[2]). Daher genügt der eingetragene Nichtgläubiger durch jenes Anerkenntnis seiner Berichtigungspflicht (§ 894) ebensogut wie durch eine grundbuchmäßige Berichtigungsbewilligung.

Indem man so die Grenzen des § 1155 weiter zieht, als sein Wortlaut streng genommen gestattet, erhält man die Fälle des gesetzlichen Überganges, auf welche dieser Paragraph unter den gegebenen Umständen zur Anwendung kommen kann. Es sind dies neben den bereits erwähnten besonders die Fälle der §§ 1143, 1150 (der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, derjenige, der durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstücke zu verlieren fürchtet, befriedigt den Gläubiger) §§ 1173, 1174 (Fälle der Gesamthypothek), § 426 Abs. 2 (Ausgleich unter den Gesamtschuldnern, deren einer den Gläubiger

[1]) Dronke S. 962.

[2]) Ebenso Oberneck in Z.D.Not.-Ver. 1903 S. 156; Planck, Bem. 2 b zu § 1155.

befriedigt hat), § 774 (soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht auf ihn die Forderung gegen den Hauptschuldner über), § 1438 (Eintritt der allgemeinen Gütergemeinschaft), § 1519 Abs. 2 (der Errungenschaftsgemeinschaft), § 868 ZPO. (der Eigentümer erwirbt die Zwangshypothek bei Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung), § 225 Abs. 2 KO. (im Falle des Nachlaßkonkurses tritt der eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigende Erbe an die Stelle des Gläubigers) usw. In allen Fällen gilt — abgesehen von dem des § 868 ZPO. — der Grundsatz des § 1153 (§§ 401. 412), daß mit der Forderung auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergeht[1]).

4. Dagegen gehören, wie schon mehrfach erwähnt, solche Fälle nicht unter die Betrachtung des § 1155, in denen die Rechtsänderung von einer vorgängigen Eintragung ins Grundbuch abhängt. Aus diesem Grunde wollen manche auch den Fall des Verzichts auf die Hypothek seitens des Gläubigers ausnehmen[2]). Durch einen solchen erwirbt nach § 1168 Abs. 1 der Eigentümer die Hypothek, doch bedarf der Verzicht nach Abs. 2 außer der Erklärung gegenüber Eigentümer oder Grundbuchamt noch der Eintragung ins Grundbuch. Planck[3]) hält dem — m. E. mit Recht — entgegen, daß auch hier für ein Anerkenntnis der gesetzlichen Übertragung noch Raum vorhanden ist; denn zum Übergange der Hypothek auf den Eigentümer wird nur die Eintragung des Verzichts als solchen erfordert, die Eintragung des Eigentümers als des nunmehrigen Gläubigers braucht damit nicht verbunden zu sein und kann dann eben durch das Anerkenntnis ersetzt werden. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man

[1]) Vgl. Boehm S. 224/25. — Was § 225 Abs. 2 KO. anlangt, so wird der Übergang der Hypothek bestritten; dafür Jaeger, Bem. 7 zu § 225, ebenso RG. 55, 160; dagegen — wohl mit Unrecht — Petersen u. Kleinfeller, Bem. 5 zu § 225.

[2]) Dronke S. 957; Fuchs Erl. 3c; Biermann, Bem. 1c; Boehm, Bem. V, 2 zu § 1155.

[3]) Bem. 2b zu § 1155; ebenso Kober, Bem. Vb zu § 1155; Turnau-Förster, Bem. 5 zu § 1155; Maenner S. 404 Nr. 37.

der Ansicht Obernecks über das Wesen der Eigentümerhypothek folgen will. Oberneck meint[1]), daß diese wegen des Mangels der Zwangsvollstreckungsbefugnis (§§ 1177. 1197[2]). die doch den Kern und das Wesen der Hypothek und Grundschuld bildet, keine Hypothek oder Grundschuld sein kann. Er sieht in der Eigentümerpost vielmehr die Befugnis des Eigentümers, vermöge des formalen Fortbestandes der Hypothek über den zugunsten eines anderen ausgeschiedenen und kraft Gesetzes ihm wieder anheimgefallenen Wertteil seines Grundstückes zu verfügen[3]). Demgemäß ist, wenn der Verzicht eingetragen ist, damit der als solcher eingetragene Eigentümer ohne weiteres als Inhaber der Eigentümerpost gekennzeichnet und in der Lage, über diese zu verfügen. Derselben Ansicht ist das Kammergericht[4]), dessen weiterer hier nicht näher zu erörternder These aber, daß der eingetragene Eigentümer, auf dessen Grundstücke Hypotheken haften, bereits als eventuell eingetragener Inhaber der gemäß § 1163 ihm zufallenden Hypotheken zu gelten habe, sodaß z. B. bezüglich seines zukünftigen Rechtes dingliche Eintragungen möglich wären, wohl nicht beizupflichten ist. Auch bei Obernecks Auffassung kann noch für ein Anerkenntnis des gesetzlichen Übergangs durch den bisherigen Gläubiger Raum sein, nämlich dann, wenn der Eigentümer nicht als solcher eingetragen war, als der Verzicht des Gläubigers gebucht wurde, und er daher nicht als Inhaber der Eigentümerpost ersichtlich ist[5]).

[1]) Bd. II S. 24.

[2]) Hiergegen vgl. besond. Wolff § 147 II, S. 529.

[3]) Vgl. Bollenbeck in Z.D.Not.-Ver. S. 40, 1901. Die gegnerische — wohl die herrschende — Ansicht sagt, daß mit dem Wegfall des Gläubigerrechts aus der Hypothek der Eigentümer an Stelle des Gläubigers als Berechtigter in die Hypothek eintritt. Vgl. Kretzschmar Bd. I S. 319; Crome S. 656; Wolff § 147 N. 6.

[4]) In RJA. I S. 125 ff.; Oberneck II S. 36; aber KGJ. Bd. 26 A S. 145; Brachvogel in Gruch. Beitr. 49, 322; Fuchs, Bem. 10 zu § 40 G.B.O.; Ders. Ansicht wie KG. in RJA. I, 125 bezügl. der Übertragung u. Löschung, aber aus anderen Gründen: Predari, Bem. 3d zu § 40 GBO.

[5]) Vgl. Bollenbeck a. a. O. S. 45.

Das Ergebnis ist, daß nach beiden Auffassungen die Verzichtserklärung zwar keine Übergangsurkunde im Sinne des § 1155 ist, daß aber trotz Eintragung des Verzichts ins Grundbuch ein Anerkenntnis des durch den Verzicht herbeigeführten gesetzlichen Überganges noch von Bedeutung sein kann.

5. Während bisher gezeigt wurde, wie von der herrschenden Lehre durch eine ausdehnende Auslegung de· Worte „des gesetzlichen Überganges der Forderung" die Bedeutung des § 1155 über seinen Wortlaut hinaus erhoben wird, knüpft sich, wie schon anfangs erwähnt wurde, an das Wort „Anerkenntnis" eine allerdings sehr bestrittene Auffassung an, die das Geltungsgebiet des Paragraphen noch in viel umfassenderem Maße erweitert wissen will. Diese Auffassung des § 1155 ist durch die Ausführungen Schweitzers[1]) begründet worden, der als erster jene Vorschrift einer näheren Betrachtung unterzog. Sehen wir kurz, wie er das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung charakterisiert und wie er dementsprechend den Paragraphen auslegt.

a) Unter Anerkenntnis versteht das Bürgerliche Gesetzbuch stets eine auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtete Willenserklärung, es unterscheidet zwischen einer Quittung, die, wenn nicht im Einzelfalle durch Auslegung ein Anerkennungswille festzustellen ist[2]), nur zum Beweise der Tatsache der erfolgten Zahlung dient (§ 368), und einem Anerkenntnisse, daß die Schuld erlassen sei oder nicht bestehe (§§ 371 Satz 2, 397 Abs. 2[3]). Danach müßte der Übergang der Forderung — abgesehen von den Überweisungsbeschlüssen — durch in bestimmter Form abgegebene Willenserklärungen bewiesen werden. Diesen Standpunkt vertritt Literatur und Praxis (z. Zt. der Abhandlung Schweitzers, 1901). Dem widersprechen aber die Materialien zum § 1155. Der diesem entsprechende

[1]) Gruch Beitrag 45, 558 ff.

[2]) Was selten der Fall sein dürfte.

[3]) Vgl. Planck, Bem. 3 zu § 397, Noten zu §§ 780/81; Ackermann in Gruch, Beitr. 45, 374 ff.

§ 1114 E. I besagt, daß der Briefinhaber sein Gläubigerrecht durch eine zusammenhängende, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Abtretungserklärungen oder von Überweisungsbeschlüssen begründet. „Begründet" soll bedeuten: „nachweist". Letzteres ergibt sich aus der betreffenden Stelle der Motive, die wir, da sie für Schweitzers Ansicht grundlegend ist, wie auch aus später zu erörternden Gesichtspunkten hier folgen lassen[1]).

„Vorausgesetzt wird, daß die Abtretungserklärungen und die Überweisungsbeschlüsse oder, wenn ein gesetzlicher Übergang vorgekommen ist, die diesen beweisenden Urkunden in zusammenhängender Reihe auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen und das Recht des Briefinhabers als Gläubigers ergeben. Fehlt eine Urkunde gänzlich oder ist sie zwar vorhanden, aber nicht geeignet, das zu beweisen, was durch sie zu beweisen ist, so kann durch die Inhabung des Hypothekenbriefes der Übergang des Gläubigerrechts auf den Inhaber nicht dargetan werden. Es handelt sich hier nur um solche dem Rechte eines früheren Inhabers anhaftende Mängel, welche weder aus dem Briefe noch aus den Übertragungsurkunden ersichtlich sind. Ein derartiger Mangel kann sowohl das Erfordernis der Übergabe des Hypothekenbriefes als auch das Erfordernis des Übergangsvertrages oder, wenn ein Vertrag nicht in Frage ist, des sonstigen die Übertragung bedingenden Vorganges betreffen..... Gilt zugunsten des Erwerbers der Rechtsurheber vermöge der Inhabung des Hypothekenbriefes und der ihn legitimierenden Übertragungsurkunden als der eingetragene Gläubiger, so überträgt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs ohne weiteres auf diese Urkunden, so zwar, daß der Erwerber sich auf deren Inhalt zum Schutze des Erwerbes gegen die Rechte Dritter berufen kann".

Es kommt also, sagt Schweitzer, für den § 1114 darauf an, daß die Tatsachen nachgewiesen sind, aus denen

[1]) Mot. III. Bd. S. 752, 754.

sich der Übergang der Forderung ergibt. Die Erwähnung der Abtretungserklärung, verbunden mit der Inhabung[1]) des Briefes bedeutet, daß das Gesetz dem Gläubiger den Beweis des Abtretungsvertrages und der Briefübergabe ersparen will. Der gesetzliche Übergang brauchte nicht ausdrücklich erwähnt zu werden, da dessen Voraussetzungen eben vollständig nachgewiesen werden mußten. Das Ergebnis ist, daß der Zusammenhang der Urkundenkette des § 1155 durch eine gesetzliche Zwischenübertragung nicht unterbrochen wird.

Wie aber ist der Nachweis der Tatsachen zu führen? Das ergibt sich aus dem Zusammenhange des § 1115 E. I (der jetzt in die GBO. verwiesen ist; vgl. unten) mit § 1114. Nach § 1115 erlangt der Erwerber einer Briefhypothek ihre Umschreibung auf seinen Namen, wenn er sich nur durch die nach den §§ 1112—1114 erforderlichen Übertragungsurkunden ausweist[2]). § 1114 verlangt nun lediglich das Vorhandensein der nach § 1112 erforderlichen Abtretungserklärung und des nach § 1113 notwendigen Überweisungsbeschlusses. Wie der vollständige Nachweis der Übergangstatsachen zu führen ist, wird hier ebensowenig ausgesprochen wie bezüglich derjenigen Umstände, aus denen sich kraft Gesetzes die Übertragung der Forderung ergibt. Zu jenen gehören z. B. die Genehmigungserklärung des Gegenvormundes zu einem Rechtsgeschäfte des Vormundes oder die Einwilligung des Mannes nach 1395[3]). Diese Tatsachen sind nach den Motiven[4]) durch formgerechte Urkunden nachzuweisen, und das kann nach dem Zusammenhange, der zwischen § 1114 und § 1115 besteht, nur bedeuten: durch solche Urkunden, die dem Grundbuchamte gegenüber zum

[1]) § 1155 sagt: „Besitz" wegen der abweichenden Definition des Besitzes durch die zweite Kommission. Schweitzer a. a. O. S. 568, Planck, Vorb. Ziff. 2 zum I. Abschn. des III. Buchs.

[2]) Mot. III. Bd. S. 755. Eine Eintragungsbewilligung des früheren Berechtigten wird nicht erfordert.

[3]) Schweitzer a. a. O. S. 569.

[4]) III. Bd. S. 753.

Beweise genügen. Also setzt sich die Legitimationskette des § 1114 aus Abtretungserklärungen, Überweisungsbeschlüssen und anderen, einen Übergang der Forderung beweisenden, grundbuchgerechten Urkunden zusammen.

Dieser Wille des Gesetzgebers muß auch für die Auslegung des § 1155 als noch bestehend angenommen werden. Schweitzer sucht ihn aus dem Wortlaute des Paragraphen herauszulesen. § 1155 bringt als Neuerung einmal die öffentliche Beglaubigung von Abtretungserklärung und Überweisungsbeschluß, die Schweitzer als Beweisregel auffaßt, zweitens aber — und das ist das Wichtige — stellt er jenen Urkunden das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung gleich, und zwar ohne daß dafür, wie schon erwähnt, in den Protokollen irgenwelche Gründe angegeben sind. Das Anerkenntnis muß, wie oben gezeigt wurde, den Willen enthalten, die Übertragung anzuerkennen. Damit aber, daß das Gesetz das Anerkenntnis selbst und nicht die Tatsachen, aus denen die gesetzliche Übertragung folgt, der Abtretungserklärung und dem Überweisungsbeschlusse gleichstellt, kennzeichnet es jenes als einen besonderen Erwerbsgrund.

Zum Beweise dient auch noch folgendes: nach § 26 Abs. 1 GBO. genügt es zur Eintragung der Übertragung der Briefhypothek, wenn an Stelle der Eintragungsbewilligung die Abtretungserklärung vorgelegt wird. Die Denkschrift zur Grundbuchordnung aber sagt zu diesem Paragraphen, daß der Abtretungserklärung ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung gleichsteht. Damit sieht auch die Grundbuchordnung das Anerkenntnis als Erwerbsgrund an; denn hätte sie in solchem Falle, wo ein Anerkenntnis vorliegt, die juristische Tatsache, aus der kraft Gesetzes die Übertragung folgt, als den Erwerbsgrund angesehen, dann könnte das Anerkenntnis nur noch die Bedeutung eines Beweismittels haben und hätte in einer öffentlichen Urkunde im Sinne von § 29 Satz 2 vorliegen müssen.

Im weiteren zeigt Schweitzer, daß es nicht genügt, wenn lediglich die gesetzliche Übertragung der Forderung anerkannt wird, sondern daß diese vielmehr als Folge einer bestimmten juristischen Tatsache, aus der sich die Übertragung von selbst ergeben würde (mit dieser Tatsache) anerkannt sein muß. Denn eine Voraussetzung der Wirksamkeit eines solchen Anerkenntnisses, das ein Rechtsverhältnis nicht obligatorischer Natur zum Gegenstande habe, sei neben dem, daß das Rechtsverhältnis der Verfügung der Parteien unterliegen müsse, auch dieses, daß die im Sachenrechte sehr eng gezogenen Grenzen der Vertragsfreiheit nicht überschritten wären. Und da im Sachenrechte gerade die Vorschriften über den unmittelbaren Erwerb von Rechten infolge des Eintritts bestimmter Tatsachen dem Eingreifen des Parteiwillens gänzlich entzogen seien, so müsse das Vorliegen jener Tatsachen aus dem Anerkenntnis ersichtlich sein, damit festgestellt werden könne, ob ein gültiges Anerkenntnis vorliegt. Dies folge auch aus dem Gesetze, das von dem Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung rede. Während also ein Anerkenntnis des Erlöschens der Forderung die juristische Tatsache ihres Überganges auf den Eigentümer dann zu ersetzen vermöge, wenn der zahlende Eigentümer der persönliche Schuldner sei, so müsse doch z. B. in den Fällen der §§ 1143, 1164 außerdem noch das Anerkenntnis eines Ersatzanspruches des Befriedigenden hinzutreten.

Da nun — und damit kommt Schweitzer zum Kernpunkte seiner Darstellung — das Anerkenntnis einen selbständigen Erwerbsgrund bilde, sei es begrifflich verschieden von dem Grunde der gesetzlichen Übertragung. Und da sich weiter aus dem § 1155 ein argumentum a contrario, daß nicht jede juristische Tatsache, die kraft Gesetzes die Übertragung zur Folge habe, das Gläubigerrecht begründe, nicht herausfinden lasse, so müsse man annehmen, daß die in den Motiven klar hervortretende Absicht des Gesetzgebers auch dem § 1155 zugrunde liege, daß nämlich im Sinne dieses Paragraphen jeder mögliche Grund einer gesetzlichen Über-

tragung als Erwerbsgrund anzusehen sei. Es hätte ebenso wie im § 1114 E. I der Hervorhebung der Tatsachen, die den gesetzlichen Übergang herbeiführten, nicht bedurft, da sie eben vollständig bewiesen sein müßten. Das Anerkenntnis werde ausdrücklich genannt, weil das Gesetz in diesem Falle nicht den Nachweis des Anerkenntnisvertrages, sondern nur das einseitige Anerkenntnis verlangt, und ferner werde die Beweisregel aufgestellt, daß dieses, wie auch die anderen Urkunden, in öffentlich beglaubigter Form vorliegen müßten.

Schweitzer gelangt so zu dem Ergebnis, daß § 1155 einen jeden Übertragungsgrund zuläßt, der rechtlich überhaupt gegeben ist. Sein Nachweis sei, soweit er nicht durch die ausdrücklich bezeichneten Urkunden geführt werde, durch grundbuchgerechte Urkunden zu erbringen (§ 29 GBO.[1]) Hierfür wird auf das zu § 1114 Gesagte verwiesen. Der § 1115 sei, wenn er auch aus redaktionellen Gründen in die Grundbuchordnung verwiesen worden sei (§§ 26 und 40 Abs. 2 GBO. ersetzen ihn), sachlich von der II. Kommission angenommen worden.

Als letzter Punkt aus Schweitzers Abhandlung sei noch erwähnt, daß nach ihm auch derjenige durch Rechtsgeschäft erwirbt und daher ohne weiteres den Schutz des § 892 genießt, der durch Anerkenntnis der gesetzlichen Übertragung erwirbt[2]). Dies entspricht durchaus seiner Definition des Anerkenntnisses in § 1155 als einer konstitutiven Willenserklärung.

Zum Schlusse beruft sich Schweitzer, falls seine Auslegung des § 1155 zu weit erscheinen möchte, nochmals auf die Motive, aus denen immer wieder die Absicht des Gesetzgebers hervorgehe das Institut der Briefhypothek und damit auch den § 1155 möglichst dem Verkehrsbedürfnis entsprechend zu gestalten. Dieses verlange aber, daß z. B. auch in solchen Fällen, in denen ein Anerkenntnis des gesetzlichen Übergangs der Forderung nicht möglich sei, z. B. bei der ge-

[1]) Sind diese Urkunden aber erbracht, so verschaffen sie auch die Legitimation des § 1155.

[2]) a. a. O. S. 571 N. 10.

setzlichen Übertragung auf den Erben, oder wenn der Gläubiger unbekannt ist (§§ 1170, 1171), der außerhalb des Grundbuch sich vollziehende Erwerb nach § 1155 berücksichtigt werde. Auch Planck[1]) tritt bezüglich des Erbfalls, obwohl er jene Auslegung für zu weitgehend erachtet und einen Erbschein oder eine letztwillige Verfügung nicht für eine dem Anerkenntnisse gleichwertige Legitimationsurkunde halten will. Schweitzer darin bei, daß es dem Verkehrsbedürfnisse widerspreche, die Reihe der Abtretungserklärungen durch einen Erbfall für unterbrochen zu erklären.

b) Ganz auf dem Boden von Schweitzers Auffassung stehen Predari und Brachvogel[2]). Dieser gibt sie mit folgenden Worten wieder[3]): Die Wirkungen des § 1155 treten ein, wenn sich das Gläubigerrecht des Briefbesitzers ergibt:

„soweit eine rechtsgeschäftliche Übertragung in Frage kommt, auch nur durch Abtretungserklärungen (öffentlich beglaubigte) — also ohne den Nachweis des Abtretungsvertrags, der Erteilung der Abtretungserklärung an den neuen Gläubiger und der Briefübergabe — soweit eine richterliche Übertragung in Frage kommt, auch nur durch den Überweisungsbeschluß — also ohne den Nachweis der Briefwegnahme (§ 830 ZPO.),

soweit ein gesetzlicher Übergang in Frage ist, auch nur durch ein Anerkenntnis (öffentlich beglaubigtes) des gesetzlichen Überganges — also selbst, wenn ein gesetzlicher Übergang tatsächlich gar nicht stattgefunden hat, sondern entweder irrtümlich oder bewußt der Wahrheit zuwider anerkannt worden ist."

Zu diesem Ergebnis gelangt Brachvogel dadurch, daß er sich ebenso wie Schweitzer auf die Motive beruft, ferner

[1]) Bem. 2 b zu § 1155.

[2]) Ferner Cosack § 224 S. 229 ohne nähere Begründung und die im Text Erwähnten. Vergl. auch Achilles-Strecker, Bem. 5 a zu §§ 40/41 GBO. Bezüglich des Erbfalls vgl. Oberneck, besond. ZDNot.-Ver. 1903 S. 154 ff.; Th. Wolff, Recht 03, 7 ff; Meyer, BlRA. 70, 162 ff.; Schönfeld ebenda S. 533 ff. Vgl. unten § 6.

[3]) Gruch Beitr. 49, 320/21.

aber den § 1155 in seiner Bedeutung für das formelle Grundbuchrecht prüft[1]). § 40 der GBO. lautet nämlich:

„Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist.

Bei einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, über die ein Brief erteilt ist, steht es der Eintragung des Gläubigers gleich, wenn dieser sich im Besitze des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht nach § 1155 des Bürgerlichen Gesetzbuches nachweist".

Dieser Abs. 2, sagt Brachvogel, deckt sich, wenn man die Verweisung auf § 1155 auflöst, im wesentlichen mit dem alten § 81 der preuß. GBO. vom 5. Mai 1872, der lautete:

„Bei der Eintragung einer Abtretung bedarf es nicht der Erwähnung der Zwischeninhaber der Hypothek, dem Grundbuchamte müssen aber die Zwischenabtretungen in ununterbrochener Reihenfolge vorgelegt werden."

Die Motive zu diesem Paragraphen besagen, daß es zur Eintragung des Erwerbers nur der Prüfung seiner Legitimation durch das Grundbuchamt bedarf, und daß zu diesem Zwecke alle Legitimationsurkunden, also nicht bloß die Abtretungsurkunden, sondern, wenn die Hypothek durch Erbfälle durchgeht, auch die Testamente, Erbbescheinigungen zur Einsicht und Prüfung vorzulegen sind. Denselben Standpunkt nimmt die Begründung zum I. Entwurfe der Grundbuchordnung ein, und der § 40 Abs. 2 GBO. endlich wird durch die Denkschrift zur Grundbuchordnung so motiviert:

„Diese Ausnahme von der Regel des Abs. 1 rechtfertigt sich durch die Erwägungen, auf denen die Vorschrift des § 1155 BGB. beruht".

Und dann folgt genau, wie bei Schweitzer, der Hinweis auf die Motive zu dem dem § 1155 entsprechenden § 1114 E. I, also besonders auch die Worte, daß, wenn ein gesetzlicher Übergang vorgekommen ist, die diesen beweisen-

[1]) Für das folgende vgl. Gruch Beitr. 49, 305 ff.

den Urkunden in der Kette der Legitimationsurkunden ein wirksames Glied bilden sollen.

Diese Ansicht, mein Brachvogel, hat die zweite Kommission, wie es scheint, übernommen und, da aus den Protokollen das Gegenteil nicht ersichtlich ist, auch beibehalten, als man beschloß, das „öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung" in den § 1155 einzufügen. Brachvogel verweist außer auf Schweitzer auf Fuchs, der ebenfalls sagt[1]), daß, wenn zwei Übergangsurkunden der im § 1155 bezeichneten Art vorliegen, die Anwendung des § 1155 nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß ein anderer Zwischenmann sein Recht auf eine gesetzliche durch Anerkenntnis nicht festgestellte Erwerbsart (Testament, Erbschein usw.) stützt. Denselben Satz verfechten jetzt auch Turnau und Förster[2]). Während aber Fuchs das Anerkenntnis, wie wir nachher sehen werden, ganz anders wie Schweitzer und Brachvogel definiert und nur sagt, daß die Legitimationsreihe in § 1155 im Fall eines genügend nachgewiesenen gesetzlichen Überganges analog der Indossamentenreihe des Art. 36 WO. nicht unterbrochen werde, wird bei Turnau-Förster das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung als Anerkenntnis der rechtserheblichen Tatsachen aufgefaßt, aus denen kraft Gesetzes die Übertragung der Forderung folgt. Nur so könne das Anerkenntnis gemeint sein; denn ein Anerkenntnis der Übertragung liefe im wesentlichen auf ein rechtliches Urteil des Gläubigers hinaus und könnte daher für den Grundbuchrichter nicht bindend sein[3]). Nur die Tatsachen seien anzuerkennen, die Rechtsfolge aus diesen zu ziehen sei Aufgabe des Richters. Daher bilde die Quittung und Löschungsbewilligung in öffentlich beglaubigter Form das Anerkenntnis, das § 1155 Satz 2 erfordere.

Dem zweiten Teile seiner Darstellung, der die formell rechtliche Seite des § 1155 beleuchtet, stellt Brachvogel

[1]) Bem. 3 zu § 1155.
[2]) Bem. 4 zu § 1155.
[3]) Zum Belege wird RG. 48, 55 (= JW. 01 S. 241) angeführt.

acht Entscheidungen des Kammergerichts voraus[1]), aus denen zunächst zwei Gesichtspunkte, die schon hier in Betracht kommen, hervorzuheben sind:

1. Der Hypothekenbriefbesitzer, der sich durch eine zusammenhängende, auf den Erben des eingetragenen Gläubigers zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunden ausweist, steht nach § 40 Abs. 2 GBO. einem eingetragenen Gläubiger nicht gleich[2]).

2. Bevor der neue Gläubiger, dem der Zessionar des Erben des eingetragenen Gläubigers die Hypothek abgetreten hat, seine Eintragung erwirken kann, ist nach § 40 Abs. 1 GBO. zunächst der Zessionar des Erben einzutragen, da nach Punkt 1 auf diesen § 40 Abs. 2 keine Anwendung findet.

Wir wollen jetzt sehen, mit welchen Gründen Brachvogel die Unhaltbarkeit des zweiten Standpunktes, den übrigens das Kammergericht neuerdings auch aufgegeben hat[3]), darlegt, wie er aber unrichtig mit dieser Darlegung auch den ersten Punkt für widerlegt erachtet. Brachvogel sagt, daß es nicht zu rechtfertigen sei, wenn das Kammergericht vor der Eintragung des neuen Gläubigers die des bisherigen verlange; denn durch eine solche Eintragung werde das Grundbuch unrichtig gemacht. Bei der Eintragung einer außerhalb des Grundbuchs erfolgten Übertragung der Briefhypothek handelte es sich um eine Grundbuchberichtigung. Als betroffen im Sinne des § 40 seien nur der Buchberechtigte und der gegenwärtig materiell Berechtigte anzusehen, solle das Recht des letzteren eingetragen werden, also nur der Buchberechtigte[4]). Ebenso sei nach § 1155 der Berichtigungsanspruch des § 894 nur gegen den gehörig legitimierten Briefbesitzer gegeben, der ja kraft der Fiktion des § 1155 als eingetragen gelte. Der Erbe, dessen Eintragung das

[1]) KG. in KGJ. 20 A 300; 21 A 283; OLG. 3, 307; 3, 112/113; KGJ. 25 A 160; 25 A 303; 27 A 125; OLG. 8, 224.

[2]) Vgl. auch hier schon Kober, Bem. VI zu § 1155.

[3]) RJA. Bd. 9 S. 207 (= OLG. 18, 236).

[4]) Ebenso die Denkschr. zu § 13 GBO.

Kammergericht verlange, sei aber nicht mehr im Besitze des Briefes.

Da es sich also um eine Berichtigung des Grundbuches handele, und da in einem solchen Falle der Betroffene bereits eingetragen sei, während die nichteingetragenen Zwischenmänner kein Recht mehr hätten, das betroffen werden könnte, so bleibe in einem solchen Falle für den § 40 kein Raum[1]). Vielmehr hätten die §§ 19 und 22 GBO. zur Anwendung zu kommen, nach denen zur Eintragung des Berechtigten entweder eine Eintragungsbewilligung des Betroffenen oder der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs erfordert werde.

Brachvogel meint nun weiter: der Nachweis der Unrichtigkeit könne nach der engen Auslegung, die das Kammergericht und Planck dem § 1155 zuteil werden lassen, im Falle, daß Erbfälle die Reihe unterbrächen, durch Erbausweisurkunden nicht geführt werden. Es bleibe nur der Weg, die Umschreibungsbewilligung des Buchberechtigten zu beschaffen. Und dieser Weg sei nicht einmal gangbar; denn wenn der neue Gläubiger gegen den Buchberechtigten auf Bewilligung der Grundbuchberichtigung Klage erhebe, so mache er damit die Hypothek geltend im Sinne des § 1160. Da dieser Paragraph aber laute:

> „Der Geltendmachung der Hypothek kann, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt; ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so sind auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorzulegen",

so würde, wenn ein Erbübergang die zusammenhängende Reihe unterbräche, der Buchberechtigte mit Erfolg der Klage widersprechen können, und ebenso der Eigentümer, gegen den der Gläubiger die Hypothek einklagen würde. Wenn Planck[2]) für diesen Fall, so fährt Brachvogel fort,

[1]) Dieser Ansicht ist, wie erwähnt, jetzt auch das KG. in RJA. 9, 211 ff. (E. v. 30. März 1908).

[2]) Bem. 5 d zu § 1160.

den Rat gebe, der Hypothekar solle seine Eintragung erwirken, so scheitere das an der eben nachgewiesenen Unmöglichkeit, ins Grundbuch zu kommen.

Brachvogel geht m. E. darin fehl, daß er für den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs den § 1155 und § 40 Abs. 2 GBO. heranzieht, während er doch gerade gezeigt hat, daß für die hier in Frage stehenden Fälle der § 40 (und damit § 1155) nicht anwendbar ist. Der Nachweis der Unrichtigkeit ist vielmehr, wie auch da Kammergericht des näheren zeigt [1]), nach der Regel des § 29 GBO. zu führen. Danach genügt es sehr wohl, wenn der Übergang der Hypothek auf den Erben des eingetragenen Gläubigers durch Erbschein oder andere öffentliche Urkunden nachgewiesen wird. Auch nach der Planckschen Auffassung ist es dem Gläubiger ohne weiteres möglich, seine Eintragung zu erlangen. Der strenge Nachweis wird nur für den § 1155, der sich lediglich mit dem Publizitätsprinzip beschäftigt, erfordert, aber nicht hier, wo es sich um eine Grundbucheintragung auf Grund des § 22 (vgl. noch die Erleichterung des § 26) GBO. handelt.

Von den Gründen, die Brachvogel für seine im wesentlichen mit der Schweitzerschen Auslegung übereinstimmende Ansicht anführt, daß § 1155 einen jeden Übertragungsgrund zuläßt, der rechtlich überhaupt gegeben ist, erscheint mir nur die Berufung auf die Motive beachtlich. Noch zwei Beispiele Brachvogels, die für jene Auffassung einnehmen sollen, seien erwähnt [2]):

Die A ist eingetragene Gläubigerin einer Briefhypothek, sie verheiratet sich in gütergemeinschaftlicher Ehe mit dem B. Hier wäre es, meint Brachvogel kaum verständlich, warum C, dem B die Hypothek abtrete, durch ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis der A, daß die Hypothek auf B übergangen sei, nach § 1155 legitimiert sein solle, nicht aber, wenn er den Beginn der Reihe durch Vorlegung des gerichtlich oder notariell beurkundeten Ehevertrags (§ 1434) und des Güterrechtsregisterzeugnisses dartun könne.

[1]) Vgl. RJA. Bd. 9 a. a. O. S. 213 ff.

[2]) Brachvogel a. a. O. S. 321 ff.

Ferner bemerkt Brachvogel zu dem oben erwähnten Beschluß des Kammergerichts[1]), wonach der eingetragene Eigentümer, der eine kraft Gesetzes auf ihn übergegangene Hypothek löschen oder abtreten will, der vorherigen Eintragung nicht bedarf, da er „als eventuell eingetragener Inhaber der gemäß § 1163 ihm zufallenden Hypotheken" zu gelten habe. daß eine derartige Fiktion sich nirgends im Gesetz finden lasse. daß aber das Ergebnis richtig sei; denn wenn dem Eigentümer eine öffentlich beglaubigte[2]) Quittung erteilt sei, so unterbreche diese, die geeignet sei, den gesetzlichen Übergang der Hypothek zu beweisen, die Reihe des § 1155 nicht, der Eigentümer, der sich im Besitze des Briefes befinde, habe daher als eingetragen zu gelten.

c) Als dritter Vertreter der dargelegten Auffassung sei noch Predari erwähnt. Er nennt[3]) den Umstand, daß die Möglichkeit eines Anerkenntnisses in dem praktisch wichtigsten Falle der gesetzlichen Übertragung der Forderung. nämlich bei der Erbfolge, ferner in anderen Fällen (§§ 1170. 1171 BGB.; 868 ZPO.) versagt, eine Lücke im Gesetze.

d) Während im bisherigen die mit sehr beachtlichen Gründen verfochtene Ansicht Schweitzers genauer dargelegt wurde, will ich jetzt versuchen, die Wortauslegung des § 1155. auf deren Boden zur Zeit noch Theorie und Praxis stehen. zu rechtfertigen und zugleich die Gegner zu widerlegen.

Das Anerkenntnis des § 1155 ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, mit der z. B. der befriedigte Gläubiger zugibt. daß die Hypothek nicht mehr ihm, sondern dem Eigentümer zusteht. Dieses Anerkenntnis steht nun insofern einzig da, daß es keinen neuen Erwerbsgrund bildet. daß es also keine konstitutive Wirkung hat, sondern nur eine de-

[1]) KG. in RJA. 1, 125; vgl. auch Dronke a. a. O. S. 963.

[2]) Dronke (a. a. O. S. 960) bemerkt mit Recht, daß die Quittung (regelrecht) nur ein bloßes Empfangsbekenntnis ist (§ 368) und daher nach § 29 Satz 2 GBO. in öffentlicher Urkunde vorliegen muß; so auch in dem obigen Beispiel.

[3]) S. 154.

klaratorische, indem es dazu dienen soll, den gesetzlichen Übergang zu beweisen[1]). Es stellt sich allerdings, wie eine bereits zitierte Entscheidung des Reichsgerichtes[2]) ausspricht, als ein rechtliches Urteil de Anerkennenden dar, und darin liegt gerade seine Besonderheit, daß hier die bloß subjektive ein Urteil enthaltende Erklärung des Berechtigten als Ersatz des objektiven, kraft Gesetzes wirkenden Tatbestandes gilt[3]). Man darf aus jener Entscheidung des Reichsgerichts also nicht folgern, daß nur die Tatsachen anzuerkennen sind, aus denen kraft Gesetzes die Übertragung folgt, daß es aber Aufgabe des Richters ist, die aus diesen Tatsachen sich ergebenden Rechtsfolgen zu ziehen[4]). Man nahm das Anerkenntnis als Mittel, jene Tatsachen zu beweisen, doch war für dieses Mittel nicht, wie Schweitzer meint, die Form der öffentlichen Beurkundung erforderlich, sondern es genügte, da das Gesetz es als Willenserklärung gestaltete, nach § 29 Satz 1 GBO. die öffentliche Beglaubigung.

Wenn die Annahme des Antrags, das Anerkenntnis in den § 1155 aufzunehmen, ohne weitere Begründung erfolgte, so bedeutet das für Schweitzer, daß die anfangs vorhandene Absicht des Gesetzgebers, einen jeden rechtlich möglichen Erwerbsgrund zuzulassen, auch bei der endgültigen Festlegung des § 1155 noch vorhanden war. Aber warum wurde, wenn es als selbstverständlich erschien, daß auch andere einen gesetzlichen Übergang beweisende Urkunden der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung hinsichtlich der ihr durch § 1155 beigelegten Wirkungen gleichzustellen sind, das Anerkenntnis noch ausdrücklich aufgenommen? Dies geschah deswegen, so meint Schweitzer, weil das Gesetz für den Fall, daß der gesetzliche Übergang durch ein Anerkenntnis im landläufigen Sinne, d. h. durch ein konstitutives Anerkenntnis festgestellt ist, den Nachweis des Anerkennt-

[1]) Fuchs, Bem. 3 c zu § 1155; vgl. Mot. III. Bd. S. 752.
[2]) RG. Bd. 48 S. 55 = JW. 01 S. 241.
[3]) Fuchs a. a. O.
[4]) So z. B. Turnau-Förster, Bem. 4 zu § 1155; dagegen Oberneck Bd. II S. 204 f.

nisvertrages schon durch die öffentlich beglaubigte Anerkenntniserklärung für erbracht ansehen will. Dann würde ja aber mit dieser Gleichstellung des Anerkenntnisses etwas viel Bedeutsameres gemeint sein; denn während das Gesetz den Schutz des § 892 grundsätzlich nur dem rechtsgeschäftlichen Erwerber zuspricht, würde hier der Erwerber kraft gesetzlicher Übertragung ohne weiteres in der Lage sein, sich diesen Schutz dadurch zu verschaffen, daß er sich seinen Rechtserwerb anerkennen läßt. Und anderseits würden, wenn z. B. ein zwar nicht durch ausdrückliches formgerechtes Anerkenntnis aber sonstwie genügend nachgewiesener Erbgang die Kette des § 1155 nicht unterbräche, die Rechtsnachfolger des angeblichen Erben in der Lage sein, sich auf ihren guten Glauben hinsichtlich des Rechtserwerbes dieses Erben zu berufen[1]).

Ist dies der Sinn des § 1155? Hat das Gesetz mit der Gleichstellung des Anerkenntnisses in dieser Vorschrift, die sich doch nur mit der Publizitätswirkung des außerhalb des Grundbuches erfolgenden Überganges der Briefhypothek befaßt, wirklich bezwecken wollen, daß der gesetzliche Rechtsnachfolger sich leichthin die Stellung, die nach § 892 dem rechtsgeschäftlichen Erwerber zuteil wird, verschaffen kann, und daß ferner jeder, der die Hypothekenforderung von einem Gläubiger erwirbt, der seinen irgendwie erfolgten gesetzlichen Erwerb genügend nachweist, in seinem guten Glauben geschützt werden soll, während solcher Schutz sonst nur die Folge einer ordnungsmäßigen Grundbucheintragung ist? Hat das Gesetz diese Ausnahmen von allgemeinen Grundsätzen wirklich damit festlegen wollen, daß es der Abtretungserklärung nur einen gerichtlichen Überweisungsbeschluß und das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung gleichstellt?

Nach meiner Ansicht hält der Gesetzgeber auch im § 1155 den Grundsatz aufrecht, daß nur der rechtsgeschäftliche Erwerb durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt wird. Deshalb ist auch zunächst von einer ununterbrochenen Reihe von rechtsgeschäftlichen Abtretungserklä-

[1]) KG. in RJA. 9, 211.

rungen in der Hand des Briefbesitzers die Rede. Diese Reihe wird grundsätzlich durch einen nicht rechtsgeschäftlichen Übergang unterbrochen. Da es aber dem nicht vertraglichen Erwerber der Buchhypothek, dessen Erwerb außerhalb des Grundbuchs erfolgte, möglich ist, sich durch seine Eintragung ins Grundbuch zugunsten seiner Rechtsnachfolger zu legitimieren, so sollte auch dem nicht vertraglichen Erwerber einer Briefhypothek, da deren Übertragung ihrer Bestimmung gemäß außerhalb des Grundbuches erfolgen kann, die Möglichkeit gegeben werden, sich auch ohne seine vorherige Eintragung zugunsten seines Rechtsnachfolgers zu legitimieren. Diese Möglichkeit ist in den beiden Fällen des Satzes 2 von § 1155 genau festgelegt und ist m. E. keineswegs über den strengen Wortlaut auszudehnen. Danach ist einmal ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und dann das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung geeignet, dem Hypothekar zugunsten redlicher Zessionare eine grundbuchgleiche Legitimation zu verschaffen.

Und zwar müssen beide Urkunden wie die Abtretungserklärung in öffentlich beglaubigter Form [1]) vorliegen. Diese Formvorschrift gibt nicht, wie Schweitzer meint, eine Beweisregel [2]), in dem Sinne, daß, wenn der gesetzliche Übergang durch ein — nach Schweitzer konstitutives — Anerkenntnis festgestellt wurde, zum Beweise dieses Anerkenntnisses eine öffentlich beglaubigte Anerkenntniserklärung nötig ist, während eine nicht ausdrücklich anerkannte gesetzliche Übertragung auch anderweit in einer dem § 29 GBO. genügenden Form bewiesen werden kann, sondern man muß das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis als Ganzes betrachten. Mit ihm wollte das Gesetz eine generelle Form schaffen, durch welche die mannigfaltigen, aus irgend einer rechtlich möglichen juristischen Tatsache sich gesetzlich ergebenden Übergänge auch ohne Eintragung ins Grundbuch in der Weise publik gemacht werden können, daß dem Zessionar des gesetzlichen

[1]) Auch für diese gilt das oben in § 4 über die Beglaubigung und deren spätere Nachholung Gesagte.

[2]) Vgl. hiergegen auch Wolff, Recht 03 S. 7.

Erwerbers gegenüber alle Einreden bezüglich des Rechtes seines Vorgängers versagen, daß ihm also insoweit die Stellung der §§ 891 ff. zuteil wird.

Da das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung völlig gleichgestellt ist, so wird man sagen müssen, daß auch der gesetzliche Gläubiger, der aus einem solchen unmittelbar seine Rechte herleitet, einem rechtsgeschäftlichen Gläubiger gleichsteht, daß ihm also die §§ 891 ff. zugute kommen, aber eben nur unter der Voraussetzung, daß das Anerkenntnis öffentlich beglaubigt ist. Ein formloses Anerkenntnis vermag nie die Wirkungen des § 1155 hervorzubringen. — Das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis kann also anders als der öffentlich beglaubigte Überweisungsbeschluß, nicht nur ein Bindeglied in der Kette des § 1155, sondern auch deren Schluß bilden. — Wird durch öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis ein gesetzlicher Übergang anerkannt, der mit den gesetzlichen Tatsachen, wie den Parteien bewußt ist, im Widerspruche steht, so wird nicht etwa, wie Brachvogel meint[1]), dieses Rechtsverhältnis kraft des abstrakten konstitutiven Anerkenntnisses hergestellt, sondern es wird vielmehr einer zugrundeliegenden Vereinbarung der Parteien eine Form verliehen, die dem Briefbesitzer, der das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis in Händen hat, den Schutz des öffentlichen Glaubens gewährt.

Aus der von mir gegebenen Definition des Anerkenntnisses folgt, wie gesagt, daß nur ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung oder der Hypothek hierher zu rechnen ist, nicht aber der urkundliche Nachweis, daß die Tatsachen eingetreten sind, aus denen kraft Gesetzes der Übergang der Forderung folgt. Eine öffentlich beglaubigte oder gar in öffentlicher Form ausgestellte Quittung beweist zwar das Erlöschen der Forderung und damit den Übergang der Hypothek auf den Gläubi-

[1]) Brachvogel in seiner wörtlich von mir zitierten Auslegung des § 1155, a. a. O. S. 321, der sich für das im Text Gesagte auf die Protokolle (bei Mugdan Bd. 2 S. 1036) beruft.

ger. sie genügt zur Berichtigung des Grundbuches nach § 22 GBO., nicht aber vermag sich der Quittung und Brief besitzende Briefhypothekar nach den Vorschriften des § 1155 zu legitimieren und daher auch nicht eine gemäß § 40 Abs. 2 GBO. beachtliche Eintragungsbewilligung zugunsten dessen, dem er die Hypothek übertragen will, abzugeben. Die Quittung kann umsoweniger, wie Dronke[1]) bemerkt, als Anerkenntnis gelten oder ein solches ersetzen, als der Schuldner unter bestimmten Umständen sogar neben ihr noch ein besonderes Anerkenntnis des Erlöschens der Forderung verlangen kann (§ 371). Auch eine Löschungsbewilligung genügt nicht den Anforderungen des § 1155; Quittung und Löschbewilligung zusammen können unter Umständen als Anerkenntnis auszulegen sein[2]). Am sichersten geht der zahlende Eigentümer (oder persönliche Schuldner, § 1164), wenn er sich neben beiden noch das ausdrückliche Anerkenntnis des gesetzlichen Überganges erteilen läßt. — Auch darin ist ein Ersatz des Anerkenntnisses nicht zu finden, daß sich auf dem Hypothekenbriefe der Vermerk befindet, daß der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek ins Grundbuch eingetragen ist[3]). Endlich ist ein Erbschein oder eine letztwillige Verfügung durch die sich der Abtretende als Erbe legitimiert, nicht einem Anerkenntnis gleichzusetzen[4]).

Wir haben bei der Darlegung unseres Standpunktes bereits versucht, die einzelnen Gründe Schweitzers zu widerlegen, wir zeigten, wie seine Auslegung des Anerkenntnisses weder dem Wortlaute noch dem Sinne der Vorschrift ganz gerecht wird, welche Bedenken insbesondere gegen die Auffassung des Anerkenntnisses als eines selbständigen Erwerbsgrundes vorliegen, warum der Grund, das Anerkenntnis bedürfe, wenn man es nicht als konstitutiv, sondern ledig-

[1]) a. a. O. S. 960 f.

[2]) Dronke S. 961.

[3]) Planck, Bem. 2 b zu § 1155.

[4]) Übereinstimmend außer den zit. Entscheidungen des KG.: KGJ. 26 A. 151; OLG. 10, 94; Meyer in BlRA. 1905 S. 163; Boehm S. 226, Kober V b zu § 1155, Fuchs, Bem. 3 c zu § 1155 u. a. m. — AM.: OLG. 18, 178.

lich als Nachweis des Erwerbsgrundes ansehen wolle, nach § 29 Satz 2 GBO. der öffentlichen Beurkundung, nicht stichhaltig ist. warum endlich die öffentliche Beglaubigung nicht als Beweisregel, sondern als eine für die Wirksamkeit des Anerkenntnisses notwendige Form aufgefaßt werden muß.

Schweitzer scheint selbst zu fühlen, daß seine Auslegung mit dem Wortlaute nicht zu vereinbaren ist; er beruft sich deshalb ebenso wie Brachvogel, dessen weitere Begründung ich bereits als nicht beachtlich zurückwies, und Predari auf die Motive zu dem unserer Vorschrift entsprechenden § 1114; zweifellos bestand damals die Absicht des Gesetzgebers, in § 1114 einen jeden rechtlich möglichen Erwerbsgrund zuzulassen; aber die ausdrückliche Einfügung des Anerkenntnisses durch die II. Kommission ist doch, wie schon bemerkt wurde, viel eher geeignet, an ein Aufgeben dieser Absicht glauben zu lassen als an deren Fortbestehen, zumal der Wortlaut des Einschiebsels ihr geradezu widerspricht.

Rechtfertigen also auch die Motive nicht die ausdehnende Auslegung, so bliebe höchstens noch die Berufung auf das Verkehrsbedürfnis. Aber ist denn dieses wirklich so groß? Predari erwähnt[1]) neben dem Erwerbe durch Erbschaft als Einzelfälle, in denen die Möglichkeit, ein Anerkenntnis des gesetzlichen Überganges zu erlangen, dem Erwerber versagt ist, die §§ 1170, 1171 BGB. und § 868 ZPO. Im letzteren Falle, in dem infolge Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung die zwangsweise eingetragene Sicherungshypothek (§ 866 Abs. 1 ZPO.) auf den Eigentümer übergeht, kommt § 1155 gar nicht in Frage, da ja ein Hypothekenbrief nicht vorhanden ist (§ 1185 Abs. 1 BGB.). Auch in den Fällen der §§ 1170, 1171 wird sich der Eigentümer meist nicht im Besitze des Hypothekenbriefes befinden. Sollte der das Aufgebotverfahren betreibende Eigentümer aber ausnahmsweise doch den Brief in Händen haben, so wird, wie Dronke meint[2]), im Falle des § 1170 Abs. 2 die Reihe

[1]) S. 315.

[2]) a. a. O. S. 961.

des § 1155 durch das Ausschlußurteil nicht unterbrochen, da dieses den Übergang der Hypothek nicht bloß beweist, sondern bewirkt. Sei dem, wie ihm wolle, in diesen Fällen wird der Eigentümer, der erst das umständliche Aufgebotsverfahren betreiben mußte, um den Übergang der Hypothek zu erreichen, jedenfalls kaum ein Interesse daran haben, seine an sich zur Abtretung erforderliche[1]) Eintragung als Hypothekengläubiger nach § 1155 zu vermeiden.

Der Hauptfall, in dem die Ausstellung eines Anerkenntnisses unmöglich ist, nämlich der des Erbschaftserwerbes soll an späterer Stelle behandelt werden. Hier sei vorweggenommen, daß das Kammergericht die Kette des § 1155 durch Erbgang für unterbrochen erklärt. Wenn dies, wie auch Planck[2]) meint, dem Verkehrsbedürfnisse widerspricht, so genügt es allein doch m. E. nicht, um die weite Auslegung Schweitzers zu rechtfertigen. Der Grund, den Predari noch für diese anführt, daß, falls der Gesetzgeber der Grundbuchordnung für die enge Auslegung des § 1155 gewesen wäre, er die Ausnahme des § 41 Abs. 1 GBO. auch auf die Fälle des § 40 Abs. 2 ausgedehnt haben würde, wird ebenfalls später erörtert werden.

Hier sei nur noch zu dem Beispiele, das Brachvogel für die Widersinnigkeit der hier verfochtenen Ansicht anführt, bemerkt, daß es keineswegs so unverständlich ist, wenn der Ehemann durch ein Anerkenntnis der Frau, daß kraft der allgemeinen Gütergemeinschaft die ihr zustehende Hypothek auch ihm zustehe, den Anforderungen des § 1155 genügt, nicht aber durch Vorlegung des öffentlich beurkundeten Ehevertrages und des Güterrechtsregisterzeugnisses. Denn einmal soll doch, wie schon des näheren dargelegt ist, der Schutz des öffentlichen Glaubens dem Erwerbe kraft Gesetzes nur in genau bestimmten Grenzen zuteil werden, und dann würde auch die Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit des Instituts der Briefhypothek dadurch beeinträchtigt

[1]) Anders ja die mehrfach zit. Entsch. des KG. in RJA. Bd. 1 S. 125 ff.

[2]) Bem. 2 zu § 1155.

werden, daß statt der nur aus den drei genannten Urkunden gebildeten Reihe eine solche vorläge, deren Zusammenhang durch die verschiedenartigsten Verträge oder durch Auszüge aus diesen Verträgen gewahrt wäre[1]).

6. Der schon erörterte Streit, ob unter Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung das Anerkenntnis des gesetzlichen Überganges selbst oder nur das Anerkenntnis der Tatsachen, die diesen Übergang ergeben, verstanden werden muß, ist für die Frage von Bedeutung, wer denn das Anerkenntnis auszustellen hat. Ich glaube entsprechend der Auslegung des Anerkenntnisses im ersteren Sinn annehmen zu müssen, daß auch in solchen Fällen, in denen der Übergang der Forderung noch von einer weiteren Voraussetzung als der Befriedigung des Gläubigers abhängt, z. B. wenn der persönliche Schuldner zahlt und einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer hat (§ 1164), das bloße Anerkenntnis der Gläubigers genügt, daß die Hypothek auf den Schuldner übergegangen sei[2]). Es besteht allerdings, wie Planck bemerkt, für den Eigentümer die Gefahr, daß der nicht regreßberechtigte Schuldner, dem der Gläubiger irrtümlich ein Anerkenntnis des gesetzlichen Übergangs ausgestellt hat, die Hypothek kraft dieses Anerkenntnisses einem redlichen Dritten abtritt. Aber das Gesetz hat das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis, wie gezeigt, der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung in allem gleichgestellt. Es kommt wie bei dieser nur darauf an, daß sich aus dem Anerkenntnis in genügender Weise der Übergang der Forderung vom Gläubiger auf den persönlichen Schuldner ergibt. zur Prüfung der materiellen Richtigkeit ist der Dritte auch beim Anerkenntnis nicht verpflichtet. Wie er also nicht nachzuforschen hat, ob alle Voraussetzungen, z. B. die etwa erforderliche Genehmigung des Gegenvormundes usw. erfüllt sind, ob nicht die Beglaubigung des Anerkenntnisses durch Täuschung des Notars erwirkt wurde (vgl. oben § 4), so hat

[1]) Vgl. auch Oberneck Bd. II S. 204/05.

[2]) Ebenso Planck, Bem. 2 b zu § 1155, Oberneck Bd. II S. 206; Güthe N. 25 zu § 40 GBO.

er auch nicht seine Prüfung auf das Vorhandensein eines Ersatzanspruches zu erstrecken. Der Eigentümer befindet sich doch auch stets in der Gefahr, daß der Gläubiger dem persönlichen Schuldner eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erteilt, die er dann gegen sich gelten lassen müßte. Darum ist das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis nicht anders zu behandeln.

Diejenigen, die der Ansicht sind, daß bloß der Tatbestand anzuerkennen ist, aus dem sich kraft Gesetzes die Übertragung der Forderung ergibt, müssen folgerichtig annehmen, daß z. B. im Falle des § 1164 neben dem Anerkenntnisse des Gläubigers, daß er befriedigt sei, noch das Anerkenntnis des Eigentümers erforderlich ist, daß dem Schuldner gegen ihn ein Ersatzanspruch zustehe[1]). Vom Standpunkte derer aus, die das Anerkenntnis anders auslegen, scheint diese Annahme aber nicht begründet[2]).

Zur Ausstellung des Anerkenntnisses ist der bisherige Gläubiger auf Grund der §§ 403, 410, 412, 413, 1114, 1145, 1150, 1160 verpflichtet[3]).

§ 6. Die zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe jener Urkunden, insbesondere die Unterbrechung der Reihe.

I. § 1155 fordert, daß sich das Gläubigerrecht des Briefbesitzers aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe der bezeichneten Urkunden ergeben muß. Das Wort „Reihe" gibt Fuchs[4]) zu der Behauptung Anlaß, daß die Vorschrift nur in Betracht kommen könne, wenn mindestens zwei Übertragungen der im § 1155 bestimmten Art in das Grundbuch nicht eingetragen seien, also zwei sukzessive Urkunden auf den ein-

[1]) Turnau-Förster, Bem. 4 zu § 1155; Schweitzer S. 567.

[2]) Boehm S. 226; Fuchs, Bem. 3 c zu § 1155; Kober V b zu § 1155.

[3]) Planck, Bem. 2 b zu § 1155; Bd. II Bem. 1 zu § 403, Bem. 6 zu § 410.

[4]) Bem. 3 zu § 1155.

getragenen Gläubiger zurückführen. Den Fall, wo der Briefbesitzer unmittelbar sein Recht vom eingetragenen Gläubiger ableite, wolle § 1155 nicht regeln, auf ihn fänden die §§ 891 bis 899 unmittelbar Anwendung. Dem ist nicht beizutreten. Wenn auch der Wortlaut für Fuchs zu sprechen scheint, so hat es doch nicht den mindesten Sinn, denjenigen, der sich auf zwei oder mehrere Abtretungserklärungen stützen kann, anders zu stellen als den, der sich deshalb nur auf eine Abtretungserklärung zu berufen vermag, weil überhaupt erst eine Abtretung erfolgt ist[1]). Der Ton liegt vielmehr auf „zusammenhängend“: der § 1155 gelangt daher auch dann zur Anwendung, wenn die Reihe bloß lautet:

A im Grundbuch eingetragen,
A an B beglaubigt.

Hier kann sich sowohl B auf die Vermutung des § 891, der im § 1155 ausdrücklich erwähnt ist, berufen, wie auch der folgende Zessionar bezüglich des Rechtes des B auf die Fiktion des § 892[2]).

Nach Fuchs wäre der B z. B. nicht imstande, zu seinen Gunsten die Vermutung von § 891 geltend zu machen, da dafür an sich seine Eintragung erforderlich ist. Wenn Fuchs[3]) sagt, daß, wer unmittelbar vom eingetragenen Gläubiger sein Recht ableite, nur die Übertragung des Rechtes von diesem nachzuweisen brauche, sich also durch Vorlegung des Briefes und der auf ihn lautenden privatschriftlichen Abtretungserklärung legitimiere, so verschafft ihm das doch noch nicht die Vermutung des § 891. — Das Gesagte ergibt sich auch aus § 1160 Abs. 1 in Verb. m. § 1155[4]): wenn der die Hypothek geltend machende Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen ist, so hat er außer dem Briefe die in § 1155 bezeichneten Urkunden vorzulegen, es ist also, auch wenn er

[1]) ELG. Hamburg v. 19. Juni 1913 (in nicht publizierten Gerichtsakten).

[2]) Ebenso z. B. Schweitzer a. a. O. S. 561, Nr. 3; Boehm S. 224; Bernhöft a. a. O.

[3]) Bem. 5 zu § 1155.

[4]) Oberneck Bd. II S. 200.

unmittelbar vom eingetragenen Gläubiger erwarb, eine privatschriftliche Abtretungserklärung nicht genügend[1]). Endlich bemerkt hierzu noch Kretzschmar[2]), daß der § 891 im § 1114 E. I nicht mit angeführt war und erst in dem § 1155 ausdrücklich mit aufgenommen worden ist; dadurch sei dieser auf den Fall ausgedehnt worden, wo der neue Gläubiger der unmittelbare Nachmann des eingetragenen Gläubigers sei, das Wort „Reihe" sei also im oben dargelegten weiteren Sinne zu verstehen.

II. 1. Das Gesetz schützt das Vertrauen auf eine zusammenhängende Reihe von öffentlich beglaubigten Urkunden. Der Glaube wird der Urkunde, nicht der Person geschenkt; ist eine der Abtretungen nichtig, so bleibt dies unbeachtet, wenn eine formgerechte Abtretungserklärung vorliegt. Es erhebt sich die Frage, wie das Rechtsverhältnis zu beurteilen ist, wenn die Reihe durch eine unbeglaubigte Zession, durch einen Erbfall[3]) unterbrochen ist[4]). Nehmen wir folgendes Beispiel[5]):

X im Grundbuch eingetragen,
X an A beglaubigt,
A an B beglaubigt,
B an C beglaubigt,
C an D beglaubigt,
D an E beglaubigt.

Die Kette ist durch die unbeglaubigte Zession des C an D unterbrochen. Zweifellos war C seinerzeit voll legitimierter Briefbesitzer, zugunsten seines Zessionars D galt die Fiktion

[1]) Nähere Erörterung dieser Frage siehe in § 7.

[2]) Bd. I S. 272, 273.

[3]) Ich gehe im folgenden von der von mir verfochtenen Auslegung des Paragraphen aus.

[4]) Vgl. übrigens auch OLG. Hamburg OLG 8 S. 140: Die Reihe ist nicht unterbrochen, wenn die unter ihrem Mädchennamen eingetragene Gläubigerin unter ihrem Witwennamen mit Hinzufügung des Geburtnamens die Hypothek zediert.

[5]) Planck, Bem. 2 b zu § 1155; vgl. auch Habicht in JW. 1901 S. 772 IV.

des § 892. Wollte jetzt aber F die Hypothek erwerben, so würde auf seinen Zedenten E der § 1155 nicht anwendbar sein, denn dessen Gläubigerrecht ergibt sich nicht aus einer ununterbrochenen Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen. Dennoch muß man, wenn F die Hypothek erworben hat, annehmen, daß er sich inbetreff der Vormänner A, B und C auch jetzt auf § 1155 berufen kann; denn D, zu dessen Gunsten bezüglich der Berechtigung seines Zedenten C die Fiktion des § 892 galt, übertrug durch Abtretung der Forderung seine Rechtsstellung auf E, dieser muß sich daher, wenn ihm auch Ungültigkeit oder andere Mängel der Übertragung von C an D entgegengehalten werden können, doch ebenso wie sein Vormann B auf das subjektive Gläubigerrecht von A, B und C verlassen dürfen.

Kann man jedoch noch weiter gehen und sagen, daß F sich auch für die auf die Unterbrechung folgende Zession des D an E auf § 1155 berufen darf? Planck verneint dies[1]: denn damit würde ganz allgemein der Satz statuiert, daß der Übergang der Forderung durch eine öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung zugunsten des späteren Erwerbers in gleicher Weise festgestellt werden kann, wie dies durch die Eintragung im Grundbuche geschieht. Allerdings, wenn die unbeglaubigte Zession nichtig ist, so ist weder der Zessionar noch irgend einer seiner Nachmänner legitimiert. Wie aber, wenn die nicht beglaubigte Zession bewiesenermaßen gültig, der Erbfall eingetreten ist? Ist da die Plancksche Auffassung nicht vielleicht zu eng?

Bevor dies geprüft wird, will ich noch auf eine hier in Betracht kommende wichtige Unterscheidung hinweisen, deren Beachtung Martin Wolff[2]) ganz mit Recht besonders empfiehlt, nämlich auf den Unterschied zwischen der

„Fähigkeit des Briefbesitzers, über die Hypothek wirksam zugunsten solcher zu verfügen, die seine Legitimation gelten lassen, und den Rechten des Briefbesitzers gegen-

[1]) Bem. 2 b zu § 1155; ebenso Hachenburg, Vortr. S. 589 f.; Boehm S. 522.

[2]) S. 509 N. 30.

über solchen, die seine Legitimation nicht gelten lassen wollen (Grundbuchamt, Grundeigentümer)".

Dieser Unterschied wird von denen, die im Gegensatz zu Planck auch die nach der Lücke folgenden formgerechten Urkunden wieder mit § 1155 decken möchten, übersehen oder jedenfalls nicht genügend hervorgehoben. So sagt Ramdohr[1]), daß Urkunden, die der öffentlichen Beglaubigung entbehren, keine Erkenntnisquellen sind, und daß darum alle Mängel, die mit ihnen zusammenhängen, unbeschränkt geltend gemacht werden können, daß dagegen die Publizitätswirkungen der anderen Urkunden bestehen bleiben.

Das letzte ist im Hinblick auf obige Unterscheidung zum einen Teile nicht zutreffend. Bleiben wir bei unserem Beispiel: F erwarb die Hypothek und macht sie nun gegen den Eigentümer durch Kündigung oder Erhebung der dinglichen Klage geltend; solcher Rechtsausübung wird dieser mit Erfolg widersprechen können, da er verlangen kann, daß ihm außer dem Brief eine zusammenhängende Reihe von Übertragungsurkunden vorgelegt wird (§§ 1160, 1155). Und sollte die noch nicht erfolgte Abtretung des E an F durch Eintragung ins Grundbuch vollzogen werden, so wird die Eintragung des neuen Gläubigers nicht gemäß § 40 Abs. 2 GBO. ohne vorherige Eintragung des E erfolgen können.

Was aber die Fähigkeit des Briefbesitzers anlangt, zugunsten solcher zu verfügen, die sich mit seiner Legitimation begnügt haben, so vermag ich Planck nicht beizupflichten. Vielmehr nehme ich mit Wolff[2]) an, daß in einem solchen Falle, wo die nicht nach § 1155 nachgewiesene Rechtsnachfolge als gültig feststeht, der Eigentümer mit befreiender Wirkung zahlen, der letzte Gläubiger wirksam über die Hypothek verfügen kann. Das bedeutet, daß z. B. dem F auch aus der Übertragung des D an E ebensowenig wie aus den vor der Unterbrechung liegenden Abtretungen irgendwelche Einwendungen entgegenstehen. In diesem Sinne darf

[1]) a. a. O. S. 372; ebenso Fuchs, Bem. 1 b, 4—9 zu § 1155; vgl. auch Schönfeld in BlRA. Bd. 70 S. 533.

[2]) S. 509/510.

man sagen, daß es nichts schadet, wenn die Legitimationskette des § 1155 durch ein anderes Ereignis unterbrochen wird, wie es ja auch nichts ausmacht, wenn zwischen die zusammenhängende Reihe von Indossamenten eine außerwechselrechtliche Rechtsnachfolge sich einschiebt, falls diese nur genügend nachgewiesen ist[1]).

2. Was die Unterbrechung der Reihe durch Erbgang anlangt, so ist vorauszuschicken, daß zugunsten desjenigen, der unmittelbar vom Erben (auch vom nicht eingetragenen) erwirbt, natürlich die über den Erbschein handelnden §§ 2365 ff. stets Platz greifen, daß also z. B. zugunsten desjenigen, der in dem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, vermutet wird, daß ihm das im Erbscheine angegebene Erbrecht zustehe. — Die Unterbrechung der Reihe durch Erbgang erfordert nun eine besondere Erörterung. Denn einmal gibt dieser infolge seiner von der Singularsukzession verschiedenen Natur als Gesamtnachfolge zu materiell-rechtlichen Betrachtungen Anlaß, und ferner ist in formell rechtlicher Beziehung ein neuer Gesichtspunkt gegeben durch den § 41 der GBO., der lautet:

„Ist derjenige, dessen Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten, so findet die Vorschrift des § 40 Abs. 1 keine Anwendung, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechtes eingetragen werden soll."

Es handelt sich namentlich darum[2]):

1. Ob der Erbe des nicht eingetragenen, aber nach § 1155 als eingetragen geltenden Zessionars von der Eintragungsverpflichtung des § 40 GBO. nach Abs. 2 dieses Paragraphen befreit ist;
2. ob der durch die zusammenhängende, aber einen Erbfall enthaltende Kette des § 1155 legitimierte Briefbesitzer nach § 40 Abs. 2 einem eingetragenen Gläubiger gleichzustellen ist.

[1]) Vgl. Art. 36 WO., Staub, Bem. 14 zu § Art. 36; Wolff a. a. O.
[2]) Vgl. Oberneck in ZDNot.-Ver. 1903 S. 156.

Für diejenigen, die der Ansicht Schweitzers folgen, erledigt sich die Frage ohne weiteres dahin, daß die Reihe von § 1155 durch einen genügend nachgewiesenen Erbfall nicht unterbrochen wird und daß sich auf Grund einer solchen Reihe die Eintragung des betroffenen Gläubigers nach § 40 Abs. 2 GBO. erübrigt. — Predari[1]), der diese Auffassung teilt, führt zur Widerlegung der Gegner gerade den § 40 Abs. 2 an, um zu zeigen, daß man auch bei Abfassung der Grundbuchordnung die ausdehnende Auslegung des § 1155 vorausgesetzt haben müsse; denn hätte man nicht jener Auslegung gehuldigt und nicht gemeint, daß der Erbe des nicht eingetragenen Briefhypothekars sich leicht durch Beschaffung des Erbscheins die Stellung des § 1155 und damit des § 40 Abs. 2 sichern könnte, so hätte man sicher auch die Fälle des § 40 Abs. 2 in die Ausnahme des § 41 Abs. 1 hineingezogen und diesem etwa folgende Fassung gegeben: Ist der Berechtigte Erbe des Eingetragenen oder nach § 1155 als eingetragen geltenden Berechtigten; denn es bestand kein Grund, den Erben des Briefhypothekengläubigers schlechter zu stellen als den des Buchhypothekars[2]).

Dieser Grund scheint allerdings beachtlich, solange man mit der früheren Rechtsprechung des Kammergerichts[3]) annimmt, die Ausnahmen des § 40 Abs. 2 und des § 41 Abs. 1 seien streng auszulegen und jene von Predari gezeigte Fassung von § 41 Abs. 1 sei nicht zu unterstellen; er fällt aber weg, wenn man diese Vorschrift so auslegt, daß unter dem eingetragenen Berechtigten auch der nach § 1155 als eingetragen geltende Berechtigte zu verstehen ist. Dieser Meinung ist jetzt auch das Kammergericht[4]) und mit Recht: der Fehler der früheren Auffassung lag darin, daß man § 40 Abs. 2 als eine Ausnahme von § 40 Abs. 1 ansah, während doch durch

[1]) S. 153/154, besonders N. 19.

[2]) Ebenso Schönfeld, BlRA. Bd. 70 S. 536; Oberneck z. B. in ZDNot.-Ver. 1903 S. 160.

[3]) Vgl. die zit. Entscheidungen, z. B. KG. in RJA. 1, 173; 2, 46; OLG. 3, 307, 308, 177.

[4]) KG. in RJA. 9, 207 (BlRA. 74, 67, Rspr. 18, 236).

§ 40 Abs. 2 nur die aus der Fiktion des § 1155 sich ergebende Folge gezogen wird, daß nämlich der Grundbuchrichter einen gemäß § 1155 gehörig legitimierten Gläubiger wie einen eingetragenen behandeln muß und daher seine Eintragung nicht verlangen kann. § 40 Abs. 2 bildet eine „Nebenregel“ [1]) zu § 40 Abs. 1; § 41 aber stellt die Ausnahme dar, und zwar sowohl vom Abs. 1 wie vom Abs. 2 des § 40. Und daher scheint die weite Auslegung von § 41, der auch keine praktischen Bedenken entgegenstehen, nur gerechtfertigt, daß auch der Erbe des nach § 1155 als eingetragenen geltenden Berechtigten nicht der Eintragung bedarf, wenn er sein Recht abtreten oder aufheben will [2]).

Das Gesagte gilt, wenn der Erbgang den Abschluß der Kette bildet, und hat lediglich Bedeutung für das formelle Grundbuchrecht. Es erhebt sich aber die Frage, ob trotz der hier vertretenen Auslegung des § 1155, daß andere als die ausdrücklich aufgezählten Urkunden eine Unterbrechung der Kette darstellen, nicht doch vielleicht bezüglich des Erbfalles ein anderes anzunehmen ist. Im Gegensatz zu der ersten Frage wird diese von der herrschenden Meinung bejahend beantwortet, nur das Kammergericht verneint sie nach wie vor.

Dafür, daß ein Erbfall die Reihe nicht unterbreche, wird besonders angeführt, daß der Erbe, dem das Vermögen des Erblassers als Ganzes zufällt (§ 1922), dessen Person in vermögensrechtlicher Beziehung fortsetze und daher die Hypothekenforderung nicht als ein Glied in der Reihe der Zessionare, sondern nur auf Grund des Rechtes seines Erblassers weiter übertrage. Theodor Wolff [3]) meint, daß hier die Kette ebensowenig unterbrochen werde wie dadurch, daß der Konkursverwalter, der nach § 6 KO. das Recht des Gemeinschuldners ausübe, die Hypothekenforderung weiter

---

[1]) Schönfeld a. a. O. S. 534; Conrades, Recht 1903 S. 100; vgl. auch Predari, Bem. 7 zu § 40 GBO.

[2]) Ebenso Fuchs-Arnheim, Bem. 9 zu § 41 GBO.; auch Predari selbst Bem. 1 zu § 41 GBO.

[3]) Vgl. besonders Th. Wolff, Recht 1903 S. 8 ff.

zediere, oder daß die Abtretung durch den Ehemann erfolge, dessen mit ihm in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Frau vor der Eheschließung die Forderung durch Zession erworben habe. — Des weiteren führt Wolff den auch schon von Brachvogel (vgl. § 5) zitierten § 81 der preußischen Grundbuchordnung und die Motive zu diesem an, und endlich die Motive zu § 1114 E. I. Er liest aus ihnen offenbar nicht heraus, daß jede auch nicht durch Anerkenntnis, sondern z. B. nur durch öffentlich beglaubigte Quittung festgestellte gesetzliche Übertragung ein Erwerbsgrund im Sinne des § 1155 ist, er sieht also nicht wie Schweitzer in der öffentlichen Beglaubigung eine bloße Beweisregel; dennoch meint er aus jener Stelle der Motive, daß, wenn ein gesetzlicher Übergang vorgekommen ist, die diesen beweisenden Urkunden in zusammenhängender Reihenfolge auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen und das Recht des Briefinhabers als Gläubigers ergeben müssen, herleiten zu dürfen, daß diese zusammenhängende Reihe durch einen Erbfall nicht unterbrochen werde.

Zunächst zu der Art, wie Wolff[1]) die Erbsukzession mit Beziehung auf den § 1155 auffaßt. Wolff meint: wenn der Erblasser als eingetragener Gläubiger gilt, so gilt auch der Erbe als solcher, dieser vertritt infolge des Überkommens der Erbschaft den Erblasser auch in der Gläubigerschaft der verbrieften Hypothek, sodaß keine Unterbrechung der Reihe erfolgt. Dem kann ich nicht beistimmen: allerdings unterscheidet sich die Erbfolge von einer anderen Übertragung, z. B. der Forderung dadurch, daß bei solcher ein Wechsel im Subjekt der Forderung stattfindet, während der Erbe als mit dem Subjekt des Erblassers identisch angesehen werden muß; aber der Gedanke des § 1155, der sich mit der Publizitätswirkung der Übertragung beschäftigt, ist doch der, daß die durch Grundbucheintragung oder durch die Legitimationsreihe formell gekennzeichnete Person außerhalb des Grundbuches wechselt, und dieser Gedanke ist auch hier anwendbar; allerdings ist der bisherige Gläubiger verstorben und zur Ausstellung

[1]) Vgl. z. B. Schönfeld a. a. O. S. 536.

eines Anerkenntnisses nicht mehr imstande. — Daher sind auch die Beispiele Wolffs nicht passend[1]); denn die Person, der der öffentliche Glaube zuteil wird, der Kridar, die Ehefrau, bleibt die gleiche, der andere handelt nur als ihr Vertreter[2]). Der Erbe aber handelt aus eigenem Recht, nicht materiell, aber soweit er als Subjekt des öffentlichen Glaubens in Frage kommt. Denn nehme man an, daß er auch das Eingetragensein seines Erblassers mitererbte, so würde ja der § 41 GBO., der seine Eintragung nur im Falle der Übertragung oder Aufhebung seines Rechtes für überflüssig erklärt, sich als die Beschränkung eines selbstverständlichen Grundsatzes, nicht aber, wie er doch allgemein ausgelegt wird, als eine Ausnahmeregel von § 40 Abs. 1 darstellen. Die Kette des § 1115 wird also durch einen Erbfall, da ein Anerkenntnis unmöglich ist, stets unterbrochen[3]).

Was die Berufung auf die Motive anlangt, so sahen wir bezüglich der gesetzlichen Übertragung, daß sie nicht gebilligt werden kann, daß vielmehr in der ausdrücklichen Einfügung des Anerkenntnisses durch die zweite Kommission in Anbetracht des strengen Wortlautes eher ein Abweichen vom Standpunkte der Motive zu erblicken ist als ein Beharren bei diesem und daß der Sinn der Vorschrift eine ausdehnende Auslegung verbietet. Das gleiche hat nun für den Fall der Erbfolge zu gelten, da er, wie gezeigt, im Sinne des § 1155 nicht anders zu behandeln ist als jede gesetzliche Übertragung. — Die Heranziehung des alten § 81 pr. GBO. hält Oberneck[4]) übrigens schon deshalb für unbeachtlich, da nach dem früheren preußischen Rechte die Abtretung einer Hypothek überhaupt nicht dem Eintragungsprinzip unterworfen war und deshalb

[1]) Ebenso Oberneck in ZDNot.-Ver. 1903 S. 158.

[2]) Zu der Kontroverse, ob der Konkursverwalter im technischen Sinne als Vertreter des Kridars anzusehen sei, soll dadurch nicht Stellung genommen sein.

[3]) Wie hier das KG.; ferner M. Wolff S. 509/510, Meyer in BlRA. 70, 165 f.; a. M.: Oberneck Bd. I S. 240; Bd. II S. 203; Predari S. 153/154; LG. Düsseldorf in ZBlFG. Bd. 2 S. 245; Conrades, Recht 03 S. 100; Turnau-Förster, Bem. 4 zu § 1155 u. a. m.

[4]) In ZDNot.-Ver. 1903 S. 158.

die vorhergehende Eintragung des Verfügungsberechtigten nicht vorgeschrieben sein konnte.

Wenn nach dem Bisherigen der Erbgang in materiell rechtlicher Beziehung ebenso zu behandeln ist wie eine unbeglaubigte Zession, so glaube ich für das formelle Grundbuchrecht ein anderes Ergebnis begründen zu können. Dies mag auf den ersten Blick verwunderlich erscheinen, ergibt sich aber m. E. aus einer Kombination des § 40 Abs. 2 mit § 41 [1]). Der § 41 hat nur für das formelle Recht Bedeutung; denn wenn der Erbe des nach § 1155 legitimierten Gläubigers die Hypothek einklagt, so kann ihm der Eigentümer nach § 1160 mit Erfolg widersprechen; dagegen ist eine vorherige Eintragung des Erben des legitimierten Briefhypothekars — denn auf diesen Fall ist, wie gezeigt, § 41 auszudehnen — nicht erforderlich, wenn er sein Recht übertragen oder aufheben will. Ist nun die Eintragung des unmittelbaren Nachmannes B des Erben A ohne dessen vorgängige Eintragung möglich und kann der weitere Zessionar C darauf ohne weiteres seine Eintragung erwirken, so muß dies auch möglich sein, wenn erst C seine Eintragung verlangt, während sein Vormann B die Hypothek außerhalb des Grundbuchs, aber in einer der Eintragung gleichgestellten Weise (§ 1155) erwarb. Den Grund Güthes [2]), daß man, wenn der Fall, daß die Übertragungsurkunden dem Erbfalle vorangehen, unter § 41 gerechnet werde, auch den umgekehrten Fall, daß die Urkunden dem Erbfalle nachfolgten, nicht anders behandeln dürfe, kann ich nicht für durchschlagend halten. Dagegen nennt Güthe mit Recht den Hinweis des Kammergerichts auf den Zweck des Gesetzes hier für verfehlt [3]). Die Denkschrift zur Grundbuchordnung sagt nämlich, die Eintragung des Berechtigten solle die Regel sein, um die Prüfung der Legitimation zu erleichtern und einen Nichteingetragenen an der Verfügung über das Recht zu hindern; beide Punkte kommen hier nicht in Betracht, da der Grundbuchrichter das

[1]) Vgl. M. Wolff S. 510 N. 32; Güthe Nr. 28 zu § 40 GBO.
[2]) a. a. O.; vgl. dagegen Achilles-Strecker, Bem. 5b zu § 40.
[3]) KGJ. 20 A. 300; vgl. auch Brachvogel a. a. O. S. 314/315.

materielle Rechtsverhältnis auch dann prüfen muß, wenn er den Verfügenden nicht einträgt. — Demnach stelle ich für das formelle Grundbuchrecht im Gegensatze zum Kammergericht den Satz auf, daß hier allerdings Testamente oder Erbscheine in die Reihe der Abtretungserklärungen eingefügt werden können, ohne den Zusammenhang zu unterbrechen.

Und ist hiermit nicht — diese Frage sei zum Schlusse meiner Betrachtung der Voraussetzungen des § 1155 nochmals aufgeworfen — dem Verkehrsbedürfnisse Genüge getan? Scheint es nicht doch richtiger, dem strengen Wortlaute des § 1155 die Ehre zu geben, zumal wenn man außer allen Gründen für und wider noch besonders den von mir hervorgehobenen Gesichtspunkt beachtet, daß der Eigentümer zwar der dinglichen Klage mit Erfolg widersprechen darf, wenn die außer dem Briefe vorgelegte Reihe von Abtretungserklärungen durch einen Erbschein unterbrochen wird, daß aber, wenn der Erbfall als gültig feststeht und der Erbe zahlt, dies mit befreiender Wirkung geschieht und daß ferner der letzte der mit dem Erbfall neu beginnenden Reihe, wenn er den Brief besitzt, wirksam über die Hypothek verfügen kann, wenn auch nicht mit der Wirkung des § 1155?

III. Teil.

Die Wirkungen des § 1155.

§ 7. Die materiell-rechtlichen Wirkungen.

I. Die Wirkungen des § 1155 sind das Ergebnis einer künstlichen Rechtsfigur[1]). § 1155 enthält eine Fiktion; die Fiktionsbasis bilden die des näheren besprochenen Voraussetzungen, nämlich der Besitz des Hypothekenbriefes und die zusammenhängende Reihe der bezeichneten formgerechten Urkunden, fingiert wird, daß der den Brief besitzende Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist. Dieser fingierte Tatbestand bildet wiederum die Basis für die Ver-

[1]) Vgl. für das folgende Bernhöft a. a. O. S. 382/384.

mutung des § 891 und die Fiktion des § 892, ferner für die übrigen genannten Paragraphen.

Hieraus folgt, daß nicht der fingierte Tatbestand, sondern der Tatbestand der Fiktionsbasis rechtserzeugend ist, und daß daher nur der letztere berücksichtigt werden muß, sobald es sich um die Feststellung sinngemäßer Auslegung oder darum handelt, ob die Rechtswirkungen der Billigkeit entsprechen. Hieraus folgt ferner, daß unter den Wirkungen des § 1155 zweierlei verstanden werden muß: einmal, welche Bedeutung hat die Fiktion, daß der Briefbesitzer im Grundbuch eingetragen ist, und dann: in welcher Weise und in welchem Umfange finden die zitierten Paragraphen Anwendung?

1. Zunächst das erstere. Durch § 1155 wird der Schutz des öffentlichen Glaubens erweitert, nicht etwa eingeschränkt[1]). Auch ohne den § 1155, also auch zugunsten des nicht in der dort angegebenen Weise legitimierten Erwerbers gelten die §§ 891—899, 1138, 1157, soweit der objektive Bestand der Hypothek, wie er im Grundbuche verzeichnet ist, in Frage kommt. Der Erwerber kann bezüglich des Fortbestehens des Rechtes die Vermutung des § 891 geltend machen, wenn auch nicht vermutet wird, daß das Recht dem nicht eingetragenen Gläubiger zustehe. Auch zu seinen Gunsten gilt im Rahmen des § 892 der Inhalt des Grundbuchs als richtig, nur nicht, was die Person des Gläubiger anlangt; auch er braucht sich Einwendungen gegen die Rechtsbeständigkeit des dinglichen Rechtes nicht gefallen zu lassen, soweit solche nach den Vorschriften der §§ 892, 1138, 1140, 1157 unzulässig sind. Jedoch kann er sich, wenn seine Vormänner weder im Grundbuch eingetragen, noch nach § 1155 legitimiert sind, nicht gegen solche Mängel schützen, mit denen die einzelnen Übertragungen behaftet sind; es wird zwar der objektive Bestand der Belastung, nicht aber das subjektive Gläubigerrecht des Zedenten gewährleistet. So ist der Erwerber dem Einwand ausgesetzt,

[1]) Planck, Bem. 1 zu § 1155; Prot. bei Mugdan Bd. III S. 832.

sein Vorgänger sei zur Verfügung über die Hypothek nicht berechtigt oder er habe mangels Übergabe des Briefes oder wegen beschränkter Geschäfts- oder Verfügungsfähigkeit seines Vormannes oder aus einem anderen die Gültigkeit des Übertragungsgeschäftes betreffenden Grunde die Hypothek nicht erworben; auch der Einwand der Zahlung ist zulässig[1]); denn durch sie wird nicht der Tatbestand des Rechtes berührt, sondern es tritt nur ein Wechsel des Berechtigten ein, indem es z. B. auf den Eigentümer übergeht. — Doch sind nicht schlechtweg alle Einwendungen zulässig, wie Hachenburg[2]) zu meinen scheint, z. B. nicht die Einrede der Stundung, wenn sie weder aus Buch noch Brief hervorgeht, noch dem Erwerber bekannt war; denn dadurch wird das Verfügungsrecht des Gläubigers nicht aufgehoben wohl aber der buchmäßige Bestand der Hypothek berührt. — Eine privatschriftliche Abtretungserklärung kann also nur insoweit nicht genügen, als sie das Entscheidende ist, d. h. so weit sie die Übertragung bewirkt.

2. Wie gestaltet sich nun die Anwendung der Vorschriften über den öffentlichen Glauben, sofern sie nicht schon unmittelbar, sondern durch die Vermittlung des § 1155 in Betracht kommt?

a) Die eigentliche Grundlage des Schutzes bildet auch hier das Grundbuch; denn das Gesetz verlangt, daß die Reihe der Urkunden in ununterbrochener Folge auf den eingetragenen Gläubiger zurückführt. Der öffentliche Glaube erstreckt sich auf jene Urkunden, soweit es sich um die subjektiven Beziehungen des angeblich Berechtigten zur hypothekarischen Belastung handelt. Die Erkenntnisquelle des

[1]) Hachenburg, Vortr. S. 590; Predari S. 152. Nicht zutreffend Prot. II Bd. VI S. 267 f.; vgl. auch Bernhöft a. a. O. S. 386, der Planck Bem. 1 zu § 1155 m. E. mißversteht. — Ferner Oberneck Bd. II S. 201.

[2]) Vorträge S. 590; Boehm S. 222 f.; dagegen Oberneck Bd. II S. 202 Anm. 35; Fischer a. a. O. S. 274 ff.; Planck, Bem. 1 zu § 1155; Fuchs, Bem. 1 b zu § 1155; Turnau-Förster, Bem. 6 zu § 1155; Ramdohr a. a. O. S. 372.

Grundbuches wird also nicht beseitigt, sondern nur ergänzt; es kann auch der Briefhypothekar, der außerhalb des Grundbuches erwarb, sich sehr wohl auf den eigentlichen Grundbuchschutz berufen müssen, weil der Mangel, an dessen Heilung ihm liegt, nur durch diese Erkenntnisquelle verdeckt wird[1]). Da aber der Zedent zugunsten seines Zessionars vermöge der Innehabung des Briefes und der öffentlich beglaubigten Übertragungsurkunden als eingetragener Gläubiger gilt, so kann man allerdings sagen, daß der öffentliche Glaube sich auf jene Urkunden überträgt[2]), sodaß der Erwerber sich auf deren Inhalt zum Schutze gegen die Rechte Dritter berufen kann.

Dennoch bleibt das Grundbuch das Maßgebende[3]); der Erwerber wird nicht damit gehört werden, daß er sich auf den mit dem Grundbuche nicht übereinstimmenden Briefinhalt verlassen habe[4]). Und vor allem besteht die Vorschrift des § 1140:

„Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuches aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen. Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Brief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich."

Hierdurch wird die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches zum Nachteile des Briefhypothekars eingeschränkt. —

Neben dem Briefe sind die Übertragungsurkunden als Erkenntnisquelle in Betracht zu ziehen. Doch stehen sie darin an Bedeutung hinter dem Briefe zurück, daß ihr Inhalt dem Erwerber nicht da selbst schadet, wo er ihn nicht zur Kenntnis genommen hat, sondern daß nach den obwal-

[1]) Ramdohr a. a. O. S. 370 f.

[2]) Mot. III. Bd. S. 574; Fischer a. a. O. S. 283 f.

[3]) Dies ist zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben, ergibt sich aber aus der Natur der Sache; Fischer S. 283 Nr. 75.

[4]) Mot. III. Bd. S. 756; Prot. II Bd. III S. 660 ff.

tenden Umständen zu entscheiden sein wird, ob aus dem Vorhandensein von Vermerken, die z. B. die Verfügungsbeschränkung des Gläubigers kennzeichnen oder einen Widerspruch gegen das Grundbuch enthalten, die Kenntnis des Erwerbers als erwiesen zu erachten sei oder nicht[1]).

b) Hieran knüpft sich die Frage, wann die Redlichkeit, durch die die Anwendung der §§ 891 ff. bedingt ist, vorhanden sein muß. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden. Nehmen wird an, die Reihe laute so:

A im Grundbuch eingetragen,
A an B beglaubigt,
B an C unbeglaubigt,
C an D beglaubigt.

Wird die Abtretung des B an C nachträglich beglaubigt, so ist die oben (§ 4) besprochene Figur gegeben, die Frage des guten Glaubens spielt hier, wie wir sahen, nicht hinein. Nimmt man dies aber doch an, so muß man hier aus den ebenfalls angeführten Gründen mit Planck die Zeit der öffentlichen Beglaubigung für maßgebend halten. — Anders bei folgender Reihe:

A eingetragen,
A an B beglaubigt,
B an C beglaubigt,
C an D unbeglaubigt.

Hier muß sowohl die Übergabe des Briefes wie auch die Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung an D erfolgt sein[2]), deren Beglaubigung aber ist nicht erforderlich: denn der § 892 knüpft den Schutz des öffentlichen Glaubens nicht an die Eintragung des Erwerbers[3]). Ist also der Abtretende gemäß § 1155 legitimiert, so gilt er zugunsten des redlichen Erwerbers als eingetragen, auch wenn dieser nur durch privatschriftliche Abtretungserklärung erwarb.

[1]) Ramdohr a. a. O.

[2]) Planck, Bem. 3b zu § 1155; Bernhöft a. a. O. S. 385, besond. Nr. 2; Kober, Bem. II, 2a zu § 1155.

[3]) Für eine analoge Anwendung von § 892 Abs. 2 ist übrigens kein Raum: Hachenburg, Vortr. S. 591.

Der Tatbestand des § 1154 dagegen muß lückenlos vorliegen. Daß die Übergabe des Briefes auch nach den §§ 929 Satz 2, 930, 931 erfolgen darf (vgl. § 1), kann auch hier von Bedeutung sein, z. B. genügt das Belassen des Hypothekenbriefes in den Händen des Veräußerers auf Grund eines vereinbarten Rechtsverhältnisses (§ 930) nicht zum gutgläubigen Erwerbe[1]).

c) Wir kommen zur Anwendung der §§ 891 ff. im einzelnen, die keine besonderen Schwierigkeiten bietet[2]). Will der Erwerber für sein Recht die Vermutung des § 891 geltend machen, so bedarf er — anders als in dem eben behandelten Falle — einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung, da nur dem eingetragenen Gläubiger diese Vermutung zur Seite steht. Andernfalls hat nicht der Beklagte einen Mangel der Abtretung zu beweisen[3]), sondern der Gläubiger den Abtretungsvertrag; die Vorlegung der schriftlichen Abtretungserklärung (§ 1154) neben der des Briefes wird meist genügen, da mit der körperlichen Entgegennahme jener Erklärung auch die Annahme des Vertragsantrages dargelegt sein wird[4]). Handelt es sich um das Recht des Vorgängers, so tritt § 891 auch in Kraft, wenn die auf den Erwerber lautende Abtretungserklärung nur schriftlich erfolgte.

Für eine Anwendung des § 892 ist auch hier ein rechtsgeschäftlicher Erwerb Voraussetzung. Dem steht allerdings, wir wir sahen, der gesetzliche Erwerb gleich, wenn er durch ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis des § 1155 gedeckt wird. Der für die Kenntnis des Erwerbers maßgebende Zeitpunkt wurde eben festgestellt und ferner, daß der gute Glaube auch durch den Inhalt des Briefes (§ 1140) und gegebenenfalls der Übertragungsurkunden ausgeschlossen wird. — Dem Gläubiger wird, wie ebenfalls schon früher betont, durch § 1155 besonders Schutz gegen Mängel der subjektiven Berechtigung des Rechtsurhebers gewährt. A hat z. B. die

[1]) Vgl. Hachenburg a. a. O.
[2]) Vgl. auch die Kommentare zu den §§ 891—899.
[3]) Boehm S. 224; Kober, Bem. II 1 zu § 1155.
[4]) Vgl. Fuchs, Bem. 5 zu § 1155.

Forderung nach § 1154 an X zediert, sich darauf widerrechtlich den Besitz des Briefes und der Abtretungserklärungen verschafft, und tritt nun nach Entfernung der Abtretungserklärung an X die Forderung an B ab. Dieser wird, da A gemäß § 1155 voll legitimiert war — auch bezüglich des Briefes, denn § 935 findet keine Anwendung (vgl. § 2 II a. E.) — rechtsmäßiger Gläubiger[1]). Man sieht, daß die Eintragung ins Grundbuch dem Gläubiger hier größere Sicherheit gewährt hätte, da sie sich nicht ohne weiteres beseitigen läßt (vgl. § 1 II). — Eine Beschränkung des Berechtigten, über die Briefhypothek zu verfügen, muß der Erwerber ebenfalls nur dann gegen sich gelten lassen, wenn sie sich aus Buch oder Brief ergibt oder ihm bekannt war (§ 892 Abs. 1 Satz 2). Das gleiche gilt von Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen (§ 1157). Soweit aber die Forderung auf Zinsen und andere Nebenleistungen sowie auf Rückstände von diesen gerichtet ist, findet § 892 nach den näheren Bestimmungen der §§ 1158, 1159 keine Anwendung.

Wie in § 892 werden auch hier die persönlichen Eigenschaften des Zedenten dem Zessionar nicht gewährleistet. Er muß es z. B. gelten lassen, daß er wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit der anderen Partei nicht Gläubiger geworden ist, obgleich er als eingetragen fingiert wird; denn diese Fiktion hat ebensowenig wie die Eintragung formale Rechtskraft, auch eine Buchhypothek wird trotz Eintragung nicht erworben, wenn der Grundbuchrichter fälschlich die Geschäftsfähigkeit des Zedenten angenommen hat[2]).

Gemäß § 893 ist die an den titulierten Briefbesitzer bewirkte Leistung des Eigentümers auch dem wirklichen Gläubiger gegenüber wirksam, es sei denn, daß das Nichtrecht dem Leistenden bekannt oder aus Buch oder Brief ersichtlich ist. Die Geltung des Geschäfts wird nicht dadurch bedingt, daß der Eigentümer sich den Brief aushändigen oder

[1]) Vgl. Bernhöft a. a. O. S. 387 f.
[2]) Fuchs, Bem. 6 zu § 1155.

ihn mit einem Vermerke der Zahlung versehen läßt. Der wahre Gläubiger ist nicht etwa in der Lage, dadurch, daß er vom falschen Gläubiger den Hypothekenbrief in Unkenntnis der Zahlung des Eigentümers zurückerlangt, den Schutz des § 892 für sich geltend zu machen; denn die Überwindung des falschen Gläubigers in solchem Falle gehört nicht unter den Begriff der Erwerbung des hypothekarischen Rechts nach jenem Paragraphen [1]), falls nicht etwa die Voraussetzungen des § 1155 auch in der Person des wahren Gläubigers erfüllt sein würden. — Ob die Zahlung des Eigentümers einem gutgläubigen Zessionar des titulierten Briefbesitzers gegenüber wirkt, hängt, wie gezeigt, davon ab, ob der Zessionar sich auf die §§ 892 und 1155 berufen kann oder nicht. Da der Eigentümer im ersteren Falle nochmals würde zahlen müssen, wird er stets gut tun, gegen die Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefes zu verlangen, worauf er nach § 1144 einen Anspruch hat (vgl. § 1 I).

Unter den obigen Voraussetzungen ist jedes mit dem titulierten Briefbesitzer über das Hypothekenrecht geschlossene bezw. ihm gegenüber vorgenommene nicht unter § 892 fallende Verfügungsgeschäft dem Dritten gegenüber wirksam, z. B. eine Aufrechnung, Kündigung.

Was die letztere anlangt, so ist hier ein Fall möglich, wo der nach § 1155 legitimierte Gläubiger nicht den gleichen Schutz genießt wie der eingetragene. Dies folgt aus § 1156 Satz 2:

„Der neue Gläubiger muß eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung (der Hypothek) des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist".

Der Briefhypothekar muß also, um gegen Kündigungen, die nicht ihm gegenüber erfolgen, gesichert zu sein, dem Eigentümer die Übertragung der Hypothek sofort mitteilen,

[1]) Mot. III Bd. S. 754; Fuchs, Bem. 7 zu § 1155.

während dieses dem Erwerber einer Buchhypothek — abgesehen von einer außerhalb des Grundbuchs erfolgenden cessio legis — durch seine bereits erfolgte Eintragung erspart ist[1]).

Infolge der Ausdehnung des öffentlichen Glaubens auf Brief und Übertragungsurkunden können ähnliche Gefährdungen eintreten, wie durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches. Durch eine ungültige Abtretung erwirbt der Zessionar kein wirksames Recht, jedoch kann sich sein redlicher Rechtsnachfolger auf den durch § 1155 vermittelten Schutz des § 892 berufen. Um dieses zu vermeiden, sind dem Zedenten wie überhaupt jedem, dessen Recht durch die Sachlage, die sich aus dem Inhalte des Grundbuches, der Übertragungsurkunden und des Briefes sowie aus dem Vorhandensein des letzteren in der Hand des anscheinend Berechtigten ergibt, nicht oder nicht richtig gekennzeichnet ist, gegen den titulierten Briefbesitzer die Mittel des Widerspruchs und der Berichtigung gegeben (§§ 894—899). War der Zedent minderjährig, so kann sein gesetzlicher Vertreter gegen den Briefbesitzer auf Anerkennung der Ungültigkeit der Abtretungserklärung klagen und von ihm die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches sowie zu diesem Zwecke die Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt verlangen. Einer vorherigen Eintragung des Betroffenen bedarf es nicht (§ 40 Abs. 2 GBO.). Der Berechtigte kann auch seine vorläufige Sicherung durch Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 erreichen. Predari meint[2]), daß ein solcher Widerspruch im Falle des § 1155 nicht in Betracht kommen könne, da schon nach § 1140 Satz 2 ein bloß privatschriftlich auf dem Briefe vermerkter Widerspruch die gleiche Wirkung habe. Der Berichtigungsanspruch sei hier in anderer Weise als durch einfachen Widerspruch zu sichern, nämlich dadurch, daß im Wege der einstweiligen Verfügung die Verwahrung des Briefes an dritter Stelle angeordnet und so ein Mißbrauch des Rechtes verhütet werde. Ich halte dies nicht für erforderlich; da die §§ 894 ff. im § 1155 für anwendbar erklärt sind,

[1]) Vgl. Fuchs, Bem. 9 zu § 1155 u. Bem. 6 zu § 1156.
[2]) Predari S. 155/156.

so ist anzunehmen, daß ein im Grundbuche verzeichneter Widerspruch nicht nur dem Grundbuchinhalte, sondern auch Brief und Übertragungsurkunden gegenüber seine Wirkung äußern kann[1]). Übrigens ist der Widerspruch von § 1140 Satz 2 von dem Widerspruche des § 899 wohl zu scheiden (vgl. § 7 I 2 a).

II. 1. Die Anwendbarkeit des § 893 ergibt, wir wir sahen, daß der zahlende Eigentümer durch Leistung an einen gemäß § 1155 legitimierten Briefbesitzer frei wird. Diese Vorschrift wäre aber illusorisch, wenn nicht der schon öfters zitierte § 1160 bestimmte, daß der Geltendmachung der Briefhypothek widersprochen werden kann, wenn der Gläubiger nicht den Brief und die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorlegt. Bisher wurde unterstellt, daß diese Urkunden in der zusammenhängenden Reihe und in der Form vorliegen müssen, die § 1155 selbst erfordert. Es ist kein Grund, hiervon abzugehen. Fuchs[2]) meint zwar, daß z. B. auch Erbscheine diese Reihe vervollständigen könnten und daß ferner die öffentliche Beurkundung der Urkunden in § 1160 nicht zu verlangen sei; denn sonst würde man den Zweck des § 1154 Abs. 1, der zum Rechtserwerb eine schriftliche Abtretungserklärung für ausreichend hielte, vereiteln, und es hieße auch der Schikane Tür und Tor öffnen, wollte man der Geltendmachung jede Wirkung versagen, wenn auch nur eine der Urkunden unbeglaubigt sei. Dem widerspricht aber der klare Wortlaut des Gesetzes und der enge Zusammenhang der Vorschrift mit § 1155, insbesondere der eben erwähnte Umstand, daß der wirkliche Gläubiger die an einen nicht genügend legitimierten Briefbesitzer erfolgte Zahlung des Eigentümers oder eines Dritten nicht gelten zu lassen braucht, wogegen diesen doch gerade Schutz gewährt werden soll[3]).

[1]) Ebenso Ramdohr a. a. O.; Planck, Bem. 3 d zu § 1155; Wolff S. 508.

[2]) Bem. 7 zu § 1160; übereinstimmend Turnau-Förster, Bem. 3 zu § 1160; Oberneck Bd. II S. 370.

[3]) Ebenso Planck, Bem. 5 d zu § 1160; Hachenburg, Vorträge S. 592.

Kann der Gläubiger, z. B. der Erbe, sich die Urkunden nicht verschaffen, so muß er eben seine Eintragung erwirken. Diese anscheinende Strenge wird dadurch gemildert, daß ja auch der an einen nicht gehörig legitimierten Gläubiger Zahlende frei wird, wenn die nicht beglaubigten Zessionen anderweitig genügend festgestellt sind (vgl. oben S. 57).

Das Recht des § 1160 besteht bei jeder Geltendmachung der Hypothek also nicht nur, wenn der Gläubiger Befriedigung verlangt, sondern z. B. auch bei der Fristbestimmung nach § 1133 und im Falle des Anspruchs auf Unterlassung von das Grundstück schädigenden Einwirkungen (§§ 1134, 1135); auch der Berichtigungsanspruch des § 894 gehört hierher (vgl. S. 42). — Der Geltendmachung der persönlichen Forderung kann nach § 1160 nur im Falle des § 1161 widersprochen werden. — Das Recht fällt ganz fort, soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Leistungen gerichtet ist (§§ 1160 Abs. 3, 1159).

Die Vorlegung des Briefes kann dann nicht verlangt werden, wenn der Gläubiger als Eigentümer des Briefes nach § 952 Abs. 2 den Brief selbst vom Grundstückseigentümer herausverlangt, ebenfalls dann nicht, wenn der Brief dem Eigentümer ausgehändigt wurde und dieser zu dessen Herausgabe an den Gläubiger verpflichtet ist[1]). Will der Gläubiger den Mangel genügender Urkunden durch seine Eintragung im Grundbuch ersetzen, so müßte er nach § 19 GBO. die Eintragungsbewilligung des Betroffenen erlangen, also die Hypothek geltend machen. Da es sich aber, wie wir oben sahen (S. 41 f.), hier um eine Grundbuchberichtigung handelt, genügt statt der Eintragungsbewilligung der Nachweis der Unrichtigkeit, der auch durch andere als die im § 1155 bezeichneten Urkunden geführt werden kann.

Die Vorlegung der Urkunden hat nicht nach §§ 809 ff. zu erfolgen, d. h. an dem Orte, wo sie sich befinden, oder an einem anderen Orte, wenn eine der Parteien dies aus einem wichtigen Grunde verlangt. § 1160 ist nicht eine Unterart

[1]) Mot. Bd. III S. 755; vgl. auch Planck, Bem. 3 zu § 1160.

von § 810[1]); die Vorlegung hat „parallel der einseitigen Willenserklärung des Gläubigers zu erfolgen“[2]), die Urkunden müssen dem Schuldner zugehen; es genügen beglaubigte Abschriften, der Brief muß jedoch im Original vorliegen, da nur so sein Besitz nachgewiesen wird[3]).

2. Eine nähere Erörterung des § 1160 würde zu weit führen. Es sei nur noch auf die Natur des Rechtes hingewiesen, das § 1160 gegen den Gläubiger verleiht. Die Vorlegung gehört nicht, wie Entwurf I es wollte, zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs, dies würde eine zu große Belästigung und Gefahr für den Gläubiger bedeuten[4]). Daher kommt das Recht z. B. gar nicht in Betracht, wenn der Gläubiger ein Versäumnisurteil erwirkt[5]). Der Widerspruch bedeutet auch nicht ein Bestreiten der Aktivlegitimation des Gläubigers[6]); denn auch, wenn dieser sein Recht dargetan oder der Beklagte dessen Untergang bewiesen hat, ist die Klage abzuweisen, wenn die Urkundenvorlegung verlangt und diesem Verlangen nicht Genüge geleistet wird. Das Recht aus § 1160 stellt sich daher auch nicht als unverzichtbare Beweisregel dar[7]), sondern gibt „eine selbständige Einrede der mangelnden Briefvorlegung“[8]).

Es fragt sich noch, welche Wirkungen die Geltendmachung des Widerspruchsrechts zur Folge hat. Der Abs. 2 des § 1160 schreibt vor, daß Kündigung und Mahnung unwirksam sind, wenn der Gläubiger die Urkunden nicht vorlegt und der andere Kündigung oder Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich (§ 121) zurückweist (vgl. z. B. auch § 410 Abs. 1 Satz 2). Dies muß auch für die übrigen außer-

[1]) So Predari S. 157; Fuchs, Bem. 8 zu § 1160.

[2]) Hachenburg, Vorträge S. 585; Planck, Bem. 5e zu § 1160; vgl. auch Habicht a. a. O. S. 775 ff.

[3]) Turnau-Förster, Bem. 5 zu § 1160; Habicht a. a. O.

[4]) Prot. II Bd. III S. 664.

[5]) Planck, Bem. 5 a zu § 1160; Oberneck Bd. II S. 371.

[6]) So früher Oberneck, Turnau-Förster. Vgl. besonders Fuchs, Bem. 1 zu § 1160; ferner RG. Bd. 55 S. 224.

[7]) Wie LG. Leipzig annimmt: ZBlFG. 1, 696 ff.

[8]) Fuchs a. a. O.

gerichtlichen Handlungen des Gläubigers gelten[1]). Der Eigentümer hat zu beweisen, daß er die Kündigung ohne schuldhaftes Zögern wegen Nichtvorlegung der Urkunden zurückgewiesen habe, der Gläubiger, daß die Vorlegung erfolgt sei[2]).

Was die gerichtliche Geltendmachung des Rechtes anlangt, so heißt es in den Protokollen[3]), daß die Leistungspflicht des Schuldners von der Vorlegung abhängig zu machen und der Urteilstenor dementsprechend zu fassen sei. Dies findet in dem Wortlaute des Gesetzes keine Rechtfertigung; der Widerspruch muß vielmehr zur Abweisung der Klage führen, der Beklagte hat ein Interesse daran, die Urkunden schon während des Prozesses einsehen zu können[4]). Erbietet sich der Gläubiger zur Vorlegung, so ist ihm eine billige Frist zu setzen, wenn nicht anzunehmen ist, daß er die Vorlegung weder herbeiführen kann noch will[5]).

§ 8. Die formell-rechtlichen Wirkungen.

Die formell-rechtliche Bedeutung des § 1155, die sich aus § 40 Abs. 2 GBO. ergibt, mußte schon häufig herangezogen werden. Nach § 40 Abs. 2 ist der Briefhypothekar von der Eintragungspflicht des § 40 Abs. 1 befreit, wenn er sich im Besitze des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht nach § 1155 nachweist.

I. Die Voraussetzungen des § 1155, die hier gefordert werden müssen, sind mit den bisher behandelten im wesentlichen gleich (vgl. den II. Teil). Der Brief ist allerdings dem Grundbuchamte vorzulegen, mittelbarer Besitz genügt nicht. Ist dem Grundbuchrichter nichts über die widerrechtliche Erlangung des Briefes bekannt, so hat er nicht

[1]) Hachenburg, Vorträge S. 585; Habicht S. 774 VI, 1.
[2]) Planck, Bem. 5 c; abweichend Fuchs, Bem. 6 b zu § 1160.
[3]) Prot. II Bd. III a. a. O.; ebenso Biermann S. 220.
[4]) Übereinstimmend Planck, Bem. 5 b; Fuchs, Bem. 1; Turnau-Förster, Bem. 3 zu § 1160 u. die herrschende Meinung.
[5]) RG. Bd. 55 S. 224.

weiter zu forschen, ob die Übergabe an den Antragsteller — wie an dessen Vormänner — ordnungsgemäß erfolgt ist.

Der Nachweis des Gläubigerrechts ist durch die dreierlei Arten von Urkunden zu führen, die oben besprochen wurden. Eine „Reihe" von Erklärungen ist schon dann anzunehmen, wenn der Antragsteller die Hypothek unmittelbar vom eingetragenen Gläubiger erworben hat[1]). Die Reihe wird nach der von mir verteidigten Ansicht durch eine Quittung usw. unterbrochen; nimmt man mit Oberneck an, daß der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechtes über die Eigentümerpost verfügt, so erfolgt zwar eine Unterbrechung, aber es beginnt nunmehr eine neue Reihe, da der Eigentümer als eingetragener Berechtigter zu gelten hat[2]). — Einen Erbschein glaubte ich in die Legitimationsreihe des § 1155, soweit sie nicht für das materielle Recht, sondern für die Eintragungsbefreiung des § 40 Abs. 2 in Frage kommt, einfügen zu können; zu diesem Ergebnis führte eine Kombination von § 40 Abs. 2 mit § 41[3])

II. Der gemäß § 1155 legitimierte Briefbesitzer steht dem eingetragenen Gläubiger gleich, er kann eine Umschreibung der Hypothek auf einen anderen, die Eintragung eines Pfandrechtes oder Nießbrauches usw. bewirken, ohne sich vorher eintragen zu lassen.

[1]) Vgl. Güthe, Bem. 26 zu § 40. Abw. auch hier Fuchs N. 21 zu § 40.

[2]) Vgl. oben S. 30 ff.

[3]) Vgl. ebenso Fuchs N. 23 zu § 40.